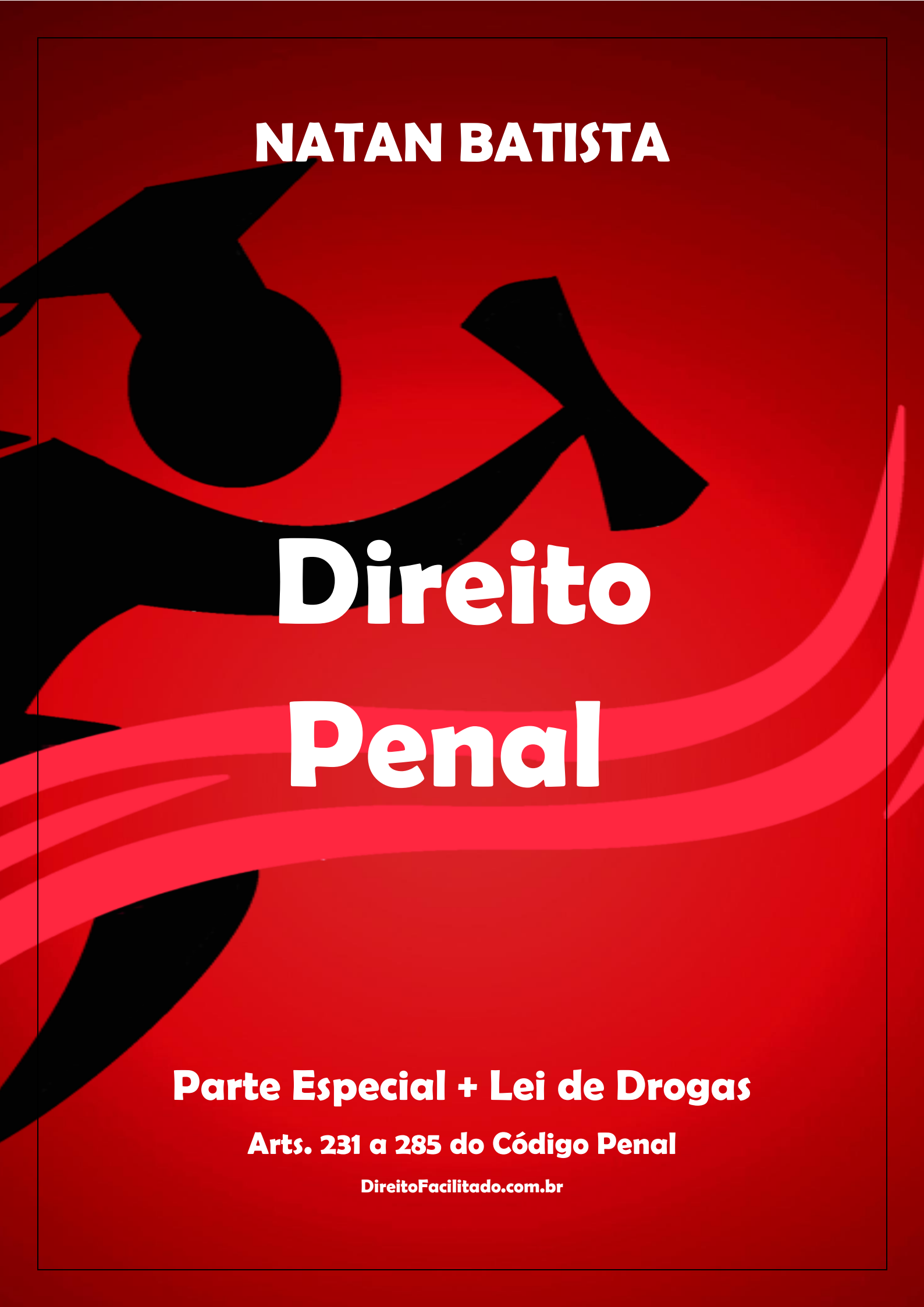




NATAN BATISTA

Direito Penal

Parte Especial + Lei de Drogas

Arts. 231 a 285 do Código Penal

DireitoFacilitado.com.br



Sumário:

Dos Crimes Contra a Família	Página 1
1. Introdução	Página 1
2. Bigamia	Página 2
3. Induzimento a Erro Essencial e Ocultação de Impedimento	Página 8
4. Conhecimento Prévio do Impedimento	Página 10
5. Induzimento a Erro Essencial e Ocultação de Impedimento ≠ Conhecimento Prévio do Impedimento	Página 12
6. Simulação de Autoridade para Celebração de Casamento	Página 12
7. Simulação de Casamento	Página 13
Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública	Página 15
1. Dos Crimes de Perigo Comum	Página 15
1.1. Incêndio	Página 15
1.2. Explosão	Página 19
1.3. Inundação	Página 21
1.4. Perigo de Inundação	Página 23
1.5. Inundação ≠ Perigo	Página 24
1.6. Desabamento ou Desmoronamento	Página 25
2. Dos Crimes Contra a Saúde Pública	Página 26
2.1. Epidemia	Página 27
2.2. Envenenamento de Água Potável ou Substância Alimentícia ou Medicinal	Página 30
2.3. Corrupção ou Poluição de Água Potável	Página 33
2.4. Falsificação, Corrupção, Adulteração ou Alteração de Substância ou Produtos Alimentícios	Página 35
2.5. Falsificação, Corrupção, Adulteração ou Alteração de Produto Destinado a Fins Terapêuticos ou Medicinais	Página 38
Da Lei de Tóxicos	Página 45
1. Introdução	Página 45
2. Dos Crimes e Das Penas	Página 46
2.1. Da Aplicação das Penas	Página 46
2.2. Do Porte e Cultivo para Consumo Próprio	Página 46
2.3. Do Tráfico de Drogas	Página 50

2.3.1. Caput	Página 50
2.3.2. §1º, I - Condutas Relacionadas à Matéria-Prima, Insumo ou Produto Químico Destinado à Preparação de Drogas	Página 57
2.3.3. §1º, II - Condutas Relacionadas a Plantas que se Constituem em Matéria-Prima para a Preparação de Drogas	Página 59
2.3.4. §1º, III - Utilização de Local ou Bem para Tráfico ou Consentimento de Uso de Local ou Bem para que Terceiro Pratique Tráfico	Página 61
2.3.5. §2º - Indumento, Instigação ou Auxílio ao Uso de Droga	Página 62
2.3.6. §3º - Oferta Eventual e Gratuita para Consumo Conjunto	Página 63
2.3.7. Tráfico Privilegiado	Página 64
2.4. Maquinismos e Objetos Destinados ao Tráfico	Página 68
2.5. Associação para o Tráfico	Página 71
2.6. Financiamento ao Tráfico	Página 73
2.7. Prescrição Criminosa	Página 74
2.8. Causas de Aumento de Pena	Página 76





Dos Crimes Contra a Família

1. Introdução

Como bem sabemos, o Direito tem o **objetivo/finalidade** de **manter a paz social** ou, se afetada por fato determinado, **restabelecê-la**. É através desta afirmativa que se justificam os denominados *bens jurídicos*, isto é, os bens que acumulam determinada importância no bom funcionamento da sociedade e, por isso, são alvo da proteção/tutela do Estado.

O Estado, através do Direito, **utiliza alguns mecanismos, além da lei, para alcançar esta paz social**, evitar o seu desequilíbrio ou reequilibrá-la. São os mecanismos denominados *controles sociais informais*¹:

- 1) **Família;**
- 2) **Religião;**
- 3) **Educação.**

Afirma, sobre este assunto, José Manual Sacadura Rocha:

A teoria de Émile Durkheim remete ainda a outro conceito importante: na esteira do peso que a educação tem no conceito de “fato social”, encontram-se as chamadas Instituições de Controle Social. As principais Instituições de Controle Social são a família, a escola, a Igreja (no Brasil uma das mais importantes), o Estado (e aí o papel do Direito) e a sociedade (no sentido do convívio com indivíduos diversificados). Todas estas instituições desempenham a função de coagir exteriormente o comportamento individual de tal forma que as pessoas se aproximem do comportamento médio desejado com base naquele conjunto de valores morais, regras e normas; dito de outra forma, essas instituições têm o papel fundamental de impregnar os indivíduos de tal *consciência coletiva*, que mesmo quando sozinhos podem sentir sua importância e sua coercitividade de forma que acabam orientando seus comportamentos na direção desse comportamento médio esperado.

Portanto, **a família**, bem jurídico destacado neste título do Código Penal (Título VII) **é de suma importância para a socialização e formação moral dos indivíduos**, sendo, portanto, um dos mecanismos mais relevantes no que se refere à manutenção da ordem social.

¹ A lei configura o *controle social formal*.

Além disso, afirma o art. 226, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 226 da Constituição Federal. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

2. Bigamia

Introdução. No Brasil, devido à *herança Católica Apostólica Romana*, tem-se a consciência e influência ética de que **o estabelecimento da família se dá posteriormente à realização do casamento**. Este fato justifica o estabelecimento do casamento como primeiro bem protegido por este título.

Legislação. É o texto do **art. 235** do Código Penal:

Caput

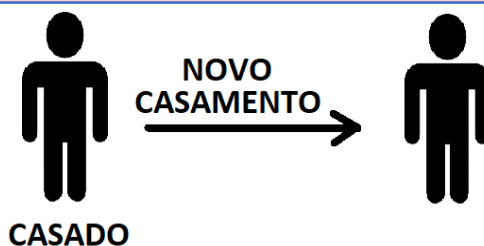
- Contrair alguém, sendo casado, novo casamento
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§1º - Bigamia Privilegiada

- Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção de um a três anos.

§2º - Questão Prejudicial Heterogênea Obrigatória

- Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.



Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	Preservação do casamento monogâmico e da ética referente à família.
Objeto Material	O casamento.
Sujeito Ativo	Pessoa casada (crime próprio) ou pessoa não casada (§1º) – solteira, viúva ou divorciada.
Sujeito Passivo	Há divergência na doutrina, porém se entende ser: 1) Primariamente: a. Estado;



	b. Família. 2) Secundariamente: a. Cônjuge do primeiro casamento ou do segundo, se não sabia do estado civil do sujeito ativo.
Tipo Objetivo	Trata-se do verbo <i>contrair</i> (casamento), no sentido de <i>contratar, convolar, formalizar, ajustar...</i>
Tipo Subjetivo	Dolo (caput) e direto (§1º) – contrair casamento sem o desfazimento do casamento anterior.
Tentativa	É possível, uma vez que iniciadas as formalidades referentes à realização do casamento.
Consumação	Dá-se com a contração do segundo casamento através de meio <i>efetivamente válido</i> .
Classificação	1) <i>Crime próprio</i> (cometido por pessoa específica. No caso, pessoa casada); 2) <i>Crime comissivo</i> (cometido através de ação positiva); 3) <i>Crime plussubjetivo</i> (exige a inclusão de mais uma pessoa, visto que o casamento é contraído por duas pessoas); 4) <i>Crime plurissubsistente</i> (é possível que se divida o <i>iter criminis</i>); 5) <i>Instantâneo de efeitos permanentes</i> (o crime de bigamia se consuma com a contração do casamento, permanecendo os efeitos do casamento e, em consequência, a incidência no crime por tempo indeterminado).

Bigamia Privilegiada. Segundo o §1º deste artigo, **o indivíduo solteiro, divorciado ou viúvo que contrair casamento com pessoa casada conscientemente**, isto é, sabendo o estado civil desta, cometerá o crime de *bigamia privilegiada*.

Neste caso, o juiz, à luz do art. 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais)², poderá aplicar a pena entre reclusão ou detenção, de um a três anos.

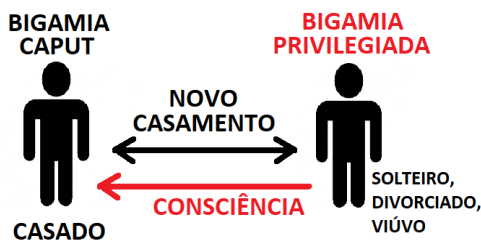
² **Art. 59 do Código Penal.** O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

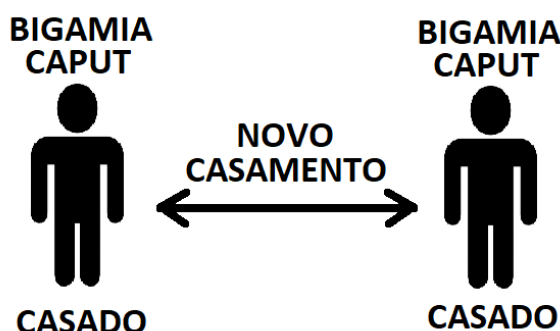
III – o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)



Portanto, é necessário que estabeleçamos outras duas situações que, se ocorrerem, **não serão consideradas crime privilegiado**:

- 1) Se **indivíduo casado contrair novo casamento com outro indivíduo casado**, sabendo desta condição, não haverá incidência no privilégio, mas no **caput** do crime:



- 2) Se o **indivíduo solteiro, divorciado ou viúvo contrair casamento com pessoa já casada**, porém **sem o saber**, não cometerá crime e será, inclusive, *sujeito passivo* do crime cometido pelo cônjuge:



Questão Prejudicial Heterogênea Obrigatória. Segundo o §2º do artigo em questão, **anulado ou nulo qualquer dos casamentos** (o primeiro por motivo diverso da bigamia e o segundo por qualquer motivo) **estará desconfigurado o crime de bigamia**, visto ser **pressuposto imprescindível** para a caracterização do crime que o *sujeito ativo* esteja na constância do casamento quando do *novo casamento*.

Além disso, uma vez que haja a proposição de **ação civil** relativa à incidência em um dos impedimentos da constância de um dos casamentos (arts. 1.521 e 1.573 do



Código Civil³), ou seja, uma vez que haja proposição de *ação civil* que discuta a validade jurídica de um dos casamentos, **é dever do juiz**, segundo o art. 92 do Código de Processo Penal⁴, **suspender o julgamento do crime de bigamia**, bem como **cessar a contagem do prazo prescricional⁵**, **retornando-os do exato momento em que foram interrompidos quando do trânsito em julgado da ação cível.**

Cabe salientar que a interrupção ocorre, pois **se nulo um dos casamentos** (objeto da *ação cível*) **não há o que se falar em crime de bigamia**, visto não haver casamento anterior com eficácia.

Especificidades. Há alguns elementos que merecem a devida atenção no que se refere à análise do crime de bigamia:

1) União estável:

A questão aqui é a seguinte: a contração de casamento com pessoa diversa daquela com a qual convive em união estável configura o crime de bigamia?

Não. O tipo penal é claro em estabelecer única e exclusivamente o casamento como elemento característico do crime.

³ **Art. 1.521 do Código Civil.** Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi o adotante;

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

[...]

Art. 1.573 do Código Civil. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I – adultério;

II – tentativa de morte;

III – sevícia ou injúria grave;

IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um no contínuo;

V – condenação por crime infamante;

VI – conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

⁴ **Art. 92 do Código de Processo Civil.** Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que o juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

⁵ **Art. 116 do Código Penal.** Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]



2) Poligamia:

Houve certa discussão da doutrina acerca da poligamia. Diante disso, criaram-se duas correntes:

- a) **a poligamia configura crime de bigamia**, podendo, inclusive, incidir em concurso material de crimes, bem como, a depender do interregno entre uma e outra contração, crime continuado;
- b) considerando a expressa identificação do ato bigamo, **não há o que se falar em crime diante da poligamia**.

Esta discussão já está pacificada, **prevalecendo o raciocínio criado na primeira corrente**.

3) Casamento religioso:

Aqui convém que façamos uma crítica à redação do tipo penal. Não há nele a especificação de que somente incidirá no crime de bigamia, uma vez que ambos os casamentos, anterior e posterior, sejam eficazes e, portanto, válidos.

Em relação ao casamento religioso, portanto, **somente será elemento de incidência no crime de bigamia, uma vez que gere efeitos civis**. Para tanto, há de se observar o disposto nos arts. 1.515 e 1.516 do Código Civil:

Art. 1.515 do Código Civil. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516 do Código Civil. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§1º. O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

§2º. O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, o registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.

§3º. Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil.

4) Concurso de crime:

O crime de bigamia, em tese, **sempre será cometido em concurso material com o crime de falsidade ideológica** (art. 299 do Código Penal)⁶, visto que o indivíduo casado

⁶ **Art. 299 do Código Penal.** Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:



deve omitir verdadeiro estado civil. Contudo, tal crime, por se tratar de *crime-meio* para o cometimento da *bigamia*, **será absorvido**.

Além disso, como dito anteriormente, é completamente possível o concurso material e a incidência do instituto do crime continuado.

5) Termo inicial do prazo de prescrição:

Afirma o art. 111, IV, do Código Penal:

Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final

Art. 111 do Código Penal. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

[...]

IV – nos de bigamia e nos de falsificação ou de alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

Surge na doutrina, porém, uma discussão acerca do que vem a ser o **conhecimento do crime de bigamia**, ou seja, quando, de fato, o crime de bigamia será conhecido.

São as posições:

1) **Minoritária** – afirma Guilherme Nucci:

O termo inicial da prescrição não corre com a consumação, mas na data em que o fato se tornou conhecido (art. 111, IV, CP). **O conhecimento não precisa ser oficial**, ou seja, em registro de ocorrência policial; basta que se prova tenha a comunidade, onde vive o bigamo, ciência da sua situação, mantendo dois (ou mais) casamentos ao mesmo tempo. Afinal, nessa situação, presume-se tenha a autoridade conhecimento do fato.

2) **Majoritária** – adotada pelo STJ. Afirma Cezar Roberto Bitencourt:

Em se tratando de bigamia, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr da data em que o crime se tornou **conhecido da autoridade pública**, e não da data da celebração do segundo matrimônio.

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se o cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

3. Induzimento a Erro Essencial e Ocultação de Impedimento

Legislação. Afirma o **art. 236** do Código Penal:

Caput

- Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior.

Pena - detenção, de seus meses a dois anos.

Parágrafo único - Ação Penal

- A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	Preservação do casamento monogâmico e da ética referente à família.
Objeto Material	O casamento.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa solteira, pois o novo casamento sem o desfazimento do anterior incide em <i>bigamia</i> .
Sujeito Passivo	Primariamente: 1) Estado; 2) Família. Secundariamente: 1) Cônjuge.
Tipo Objetivo	<i>Contrair</i> , no sentido de <i>contratar, convolar, formalizar, ajustar...</i> <i>Induzir</i> , no sentido de <i>levar a..., enganar, persuadir...</i> <i>Ocultar</i> , no sentido de <i>obnubilar, esconder, acobertar...</i>
Tipo Subjetivo	Dolo direto.
Tentativa	Não se admite, visto que o induzimento e a ocultação se consumam em momento determinado.
Consumação	Dá-se com a contração do casamento através de meio <i>efetivamente válido</i> .
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime material</i> (exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime omissivo</i> (visto que a consumação necessita da incidência em induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento, ações negativas); 4) <i>Crime doloso</i> (ação consciente);



- | | |
|--|---|
| | <ul style="list-style-type: none">5) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser praticado de inúmeras maneiras);6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa);7) <i>Crime plurissubsistente</i> (é possível que se divida o <i>iter criminis</i>);8) <i>Crime Instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo). |
|--|---|

Norma penal em branco. Trata-se de norma penal em branco, uma vez que **não inclui em seu tipo o conceito de elementos cujo conhecimento é de suma importância** para o entendimento do crime, quais sejam: (1) Erro essencial e (2) Impedimento.

Neste caso, trata-se da modalidade **homogênea**, visto que o conceito destes dois elementos **se encontra em dispositivo de mesma natureza**, o Código Civil.

Erro essencial. Afirma o art. 1.557 do Código Civil:

Art. 1.557 do Código Civil. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I – o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II – a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III – a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

IV – (Revogado).

Impedimento. São as causas de impedimento utilizadas neste tipo, segundo o art. 1.521 do Código Civil, com exceção do inciso VI, objeto do crime anteriormente estudado:

Art. 1.521 do Código Civil. Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;



VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Ação penal e condição de procedibilidade (parágrafo único). A ação penal, neste caso, é **privada personalíssima**. Sendo a **única** ocasião desta espécie de ação penal no **Direito Penal brasileiro**, incita que somente a pessoa do sujeito passivo poderá entrar com queixa-crime contra o sujeito ativo.

Convém informar, porém, que tal proposta **somente poderá ocorrer, uma vez que tenha sido transitada em julgado a ação civil que anular o casamento**, isto é, a **condição de procedibilidade** para a apresentação de queixa-crime é o trânsito em julgado da ação penal civil que anular o casamento.

Início da contagem do prazo prescricional e decadencial. Ambos, prazo prescricional e decadencial **terão o início da contagem após o trânsito em julgado da ação civil que anular o casamento**.

Em regra, a **queixa-crime**, a partir do início da contagem, **poderá ser oferecida num prazo de 6 meses**.

4. Conhecimento Prévio do Arrependimento

Legislação. É o texto do art. 237 do Código Penal:

Caput

- Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	Preservação do casamento monogâmico e da ética referente à família.
Objeto Material	O casamento.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa solteira, pois o novo casamento sem o desfazimento do anterior incide em <i>bigamia</i> .
Sujeito Passivo	Primariamente: 1) Estado; 2) Família. Secundariamente: 1) Cônjuge.
Tipo Objetivo	<i>Contrair</i> , no sentido de <i>contratar, convolar, formalizar, ajustar...</i>
Tipo Subjetivo	Dolo direto.



Tentativa	Teoricamente admissível, uma vez que tenham sido iniciados os procedimentos para a realização do casamento.
Consumação	Dá-se com a contração do casamento através de meio <i>efetivamente válido</i> .
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime material</i> (exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido através de ação positiva); 4) <i>Crime doloso</i> (ação consciente); 5) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser praticado de inúmeras maneiras); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubjetivo</i> (é possível que se divida o <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime Instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo).

Norma penal em branco. Igualmente ao tipo penal anterior, trata-se de *norma penal em branco*, visto que o conceito de **induzimento**, essencial para a compreensão do tipo, não é apresentado no mesmo, sendo necessário a sua busca em outro dispositivo.

Por se encontrar em dispositivo de mesma natureza (Código Civil), configura **norma penal em branco homogênea**.

Impedimento. Afirma o art. 1.521 do Código Civil, com exceção do inciso VI, objeto do crime anteriormente estudado:

Art. 1.521 do Código Civil. Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Ação penal. Neste caso, será **pública incondicionada**.



5. Induzimento a Erro Essencial e Ocultação de Impedimento ≠ Conhecimento Prévio de Impedimento

A principal diferença entre estes dois dispositivos se encontra na **forma como o sujeito ativo exercita os elementares do crime**.

No **Induzimento a Erro Essencial e Ocultação de Impedimento**, é possível que se note **ação positiva** referente ao induzimento e à ocultação. No **Conhecimento Prévio de Impedimento**, porém, apesar de configurar crime comissivo pela contração do casamento, é notável a **omissão** do agente em relação à impedimento previamente conhecido, caracterizando a diferença entre estes dispositivos.

6. Simulação de Autoridade para Celebração de Casamento

Legislação. Afirma o **art. 238** do Código Penal:

Caput

- Atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento:
Pena - detenção, de um a três anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	Preservação do casamento monogâmico e da ética referente à família.
Objeto Material	O casamento.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	Primariamente: 1) Estado; 2) Família. Secundariamente: 1) Os nubentes.
Tipo Objetivo	<i>Atribuir-se</i> , no sentido de dar a si mesmo determinada qualidade.
Tipo Subjetivo	Dolo.
Tentativa	É admitido.
Consumação	Momento em que o indivíduo se atribui autoridade, ainda que o casamento não se efetive.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa);



- 2) *Crime formal* (a consumação não importa a celebração do casamento, mas tal ato resulta no exaurimento do crime);
- 3) *Crime comissivo* (cometido por ação positiva);
- 4) *Crime plurissubjetivo* (exige a participação de mais de uma pessoa);
- 5) *Crime plurissubsistente* (é possível a segmentação do *iter criminis*);
- 6) *Crime instantâneo* (produz efeitos imediatos).

Subsidiariedade expressa. O tipo penal é claro em dizer que **somente se incidirá neste crime aquele que não incidir em crime mais grave**. Por exemplo, havendo como objetivo da simulação ludibriar as partes para a obtenção de lucro, configurado estará o crime de estelionato (art. 171 do Código Penal).

7. Simulação de Casamento

Legislação. Afirma o art. 239 do Código Penal:

Caput

- Simular casamento mediante engano de outra pessoa:
Pena - detenção, de um a três anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	Preservação do casamento monogâmico e da ética referente à família.
Objeto Material	O casamento.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	Primariamente: 1) Estado; 2) Família. Secundariamente: 1) Aqueles que forem enganados.
Tipo Objetivo	<i>Simular</i> , no sentido de fingir.
Tipo Subjetivo	Dolo.
Tentativa	É admitido.
Consumação	No momento em que ocorre a celebração do casamento simulado.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime material</i> (exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime plurissubjetivo</i> (exige a participação de mais de uma pessoa); 5) <i>Crime plurissubsistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>);



6) *Crime instantâneo* (produz efeitos imediatos).

Subsidiariedade expressa. O tipo penal é claro em dizer que **somente se incidirá neste crime aquele que não incidir em crime mais grave**. Vejamos algumas situações:

Se, por exemplo, o indivíduo simula casamento, visto que, apesar de não o desejar, seu parceiro o exige. Neste caso, visto não haver fim ilícito para tal, somente incidirá neste tipo penal.

Por outro lado, se os indivíduos simulam casamento para a obtenção de quantia prometida por parente, uma vez que a celebração é a condição para tanto, cometerão o crime de estelionato (art. 171 do Código Penal), havendo o afastamento do crime de simulação de casamento.

Por último, uma vez que haja a simulação do casamento, visto que um dos indivíduos exige-o para o início da vida sexual do casal, há a incidência no crime de violação mediante fraude (art. 215 do Código Penal). Afasta-se a incidência no crime de simulação de casamento.

Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública

1. Dos Crimes de Perigo Comum

Incolumidade. Por *incolumidade* entendemos a **preservação da segurança**, da proteção de determinada coisa em relação à *possível* dano.

Incolumidade pública. Por *incolumidade pública*, porém, entende-se a **proteção da ordem pública**, a manutenção da não ocorrência de lesões aos bens públicos, bem como à sociedade em geral.

Perigo comum. Entende-se pela **ameaça ao bem jurídico**, não sendo necessário, para tal proteção, a ocorrência do dano efetivo. Havendo dano, porém, caracterizado estará o crime de *dano*, não havendo incidência quanto aos crimes de *perigo comum*.

1.1. Incêndio

Legislação. Afirma o **art. 250** do Código Penal:

Caput

- Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem;
- **Pena** - reclusão, de três a seis anos, e multa.

§1º - Aumento de Pena

- As penas aumentam-se de um terço:
- I - se o crime é cometido com o intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio;
- II - se o incêndio é:
 - a) em casa habitada ou destinada a habitação;
 - b) em edifício público ou destinado a uso público ou a obra de assistência social ou de cultura;
 - c) em embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo;
 - d) em estação ferroviária ou aeródromo;
 - e) em estaleiro, fábrica ou oficina;
 - f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável;
 - g) em poço petrolífero ou galeria de mineração;
 - h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.

§2º - Incêndio Culposo

- Se culposo o incêndio, é pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Art. 258 do Código Penal - Qualificadoras

- Se do crime doloso de perigo comum resultar lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Incolumidade Pública.
Objeto Material	Aquilo que fora incendiado.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade), visto se tratar de crime contra pessoa indeterminada ou indeterminável.
Tipo Objetivo	<i>Causar</i> , no sentido de dar origem, provocar, originar
Tipo Subjetivo	Dolo ou culpa (§2º).
Elemento subjetivo específico	Constante na incidência do §1º, I, do artigo em questão, sendo o <i>intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio</i> .
Tentativa	É admitido.
Consumação	No momento em se provoca o incêndio, sendo necessário que haja perigo concreto e <i>real</i> (omitido no tipo penal).
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido de inúmeras maneiras); 5) <i>Crime de perigo concreto</i> (deve ser comprovada a situação de perigo); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubsistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>).

**Incêndio.** Afirmar Nelson Hungria:

O crime de incêndio, no seu tipo fundamental, pode ser assim definido: é a voluntária causação de fogo relevante, que, investindo uma coisa individuada, subsiste por si mesmo e pode propagar-se, expondo a perigo coisas outras ou pessoas, não determinadas ou indetermináveis de antemão.

Omissão quanto ao perigo e perícia. O tipo penal cita somente o *perigo concreto*. Para a configuração do crime em questão, porém, **é necessário que se fique constatado perigo concreto e real**. Para tanto, inclusive, é necessário a realização de **perícia**, segundo disposição do Código de Processo Penal:

Art. 173 do Código de Processo Penal. No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessaram à elucidação do fato.

Elemento fundamental. A incidência neste crime enseja a resposta afirmativa da seguinte pergunta: **diante da ação, houve concreto e real perigo em relação à vida, integridade física ou propriedade de pessoa indeterminada?**

Aumento de pena. São várias as hipóteses de aumento de pena, causando todas o **aumento de 1/3** na pena fixada.

São as hipóteses:

1) Quando o indivíduo tiver o intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou de terceiro:

Trata-se do **elemento subjetivo específico** deste tipo. Caracterizado, causa o aumento de pena em 1/3. Ex.: indivíduo atea fogo em seu carro, uma vez que, enquanto objeto de contrato de seguro, obterá vantagem pecuniária da seguradora em questão.

Convém que esclareçamos um fato: **quando tal crime deixará de ser aplicado para que se aplique o crime de estelionato (art. 171, CP)?**

Para responder a tal pergunta, convém que nos indagamos quanto ao **elemento fundamental** anteriormente exposto. A partir dele, **havendo perigo concreto e real em relação à vida, integridade física ou propriedade de pessoa indeterminada, caracterizado estará este crime**; em contraponto, não havendo criação de situação de perigo, configurado estará o crime o art. 171, §2º, V, do Código Penal:

Art. 171 do Código Penal. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

[...]

§2º. Nas mesmas penas incorre quem:



[...]

V – destrói, total ou parcialmente, oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro.

2) Se o incêndio é:

- a. Em **casa habitada** ou **destinada a habitação**;
- b. Em **edifício público** ou **destinado a uso público** ou a **obra de assistência social** ou de **cultura**;
- c. Em **embarcação, aeronave, comboio** ou **veículo de transporte coletivo**;
- d. Em **estação ferroviária** ou **aeródromo**;
- e. Em **estaleiro, fábrica** ou **oficina**;
- f. Em **depósito de explosivo, combustível** ou **inflamável**;
- g. Em **poço petrolífero** ou **galeria de mineração**;
- h. Em **lavoura, pastagem, mata** ou **floresta**.

Crime culposo. Ocorrerá quando o incêndio for fruto de **imprudência, imperícia** ou **negligência**.

Crime qualificado. É o que dispõe o **art. 258** comumente aplicado aos arts. 250 a 257 do Código Penal, sendo os elementos:

1) Incêndio doloso:

- a. Se resulta **lesão corporal** de natureza grave ou gravíssima – **aumento de pena de 1/2**;
- b. Se resulta **morte** – a pena será aplicada em **dobro**.

2) Incêndio culposo:

- a. Se resulta **lesão corporal** de natureza grave ou gravíssima – **aumento de pena de 1/2**;
- b. Se resulta **morte** – aplicar-se-á a pena do **homicídio culposo** (detenção, de um a três anos) **aumentada de 1/3**.

1.2. Explosão

Legislação. É a disposição do art. 251 do Código Penal:

Caput

- Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos:
- **Pena** - reclusão, de três a seis anos, e multa.

§1º - Outras substâncias

- Se a substância utilizada não é dinamite ou explosivo de efeitos análogos:
- **Pena** - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§2º - Aumento de pena

- As penas aumentam-se de um terço, se ocorre qualquer das hipóteses previstas no §1º, I, do artigo anterior, ou é visada ou atingida qualquer das coisas enumeradas no nº II do mesmo parágrafo.

§3º - Explosão culposa

- No caso de culpa, se a explosão é de dinamite ou substância de efeitos análogos, a pena é de detenção, de seis meses a dois anos, nos demais casos, é de detenção, de três meses a um ano.

Qualificadoras - art. 258 do Código Penal

- Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Incolumidade Pública.
Objeto Material	Engenho explosivo.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade), visto se tratar de crime contra pessoa <i>indeterminada ou indeterminável</i> .
Tipo Objetivo	<i>Expor</i> , no sentido de arriscar, submeter; <i>Explodir</i> , no sentido de promover abalo de forte ruído, capaz de causar abrupto deslocamento do ar;



	<i>Arremessar</i> , no sentido de atirar, jogar, projetar; <i>Colocar</i> , no sentido de posicionar.
Tipo Subjetivo	Dolo ou culpa (§3º).
Tentativa	É admitido, uma vez que os tipos objetivos sejam impedidos por ações alheias à vontade do sujeito ativo.
Consumação	Quando ocorre a explosão, quando o engenho é arremessado ou quando é colocado em local determinado.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido de inúmeras maneiras); 5) <i>Crime de perigo concreto</i> (deve ser comprovada a situação de perigo); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubsistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (consuma-se e exaure seus efeitos no mesmo momento).

Omissão legislativa. Ainda que cite a necessidade de perigo, omitiu o legislador em estabelecer que tal **perigo deve ser concreto e real**, bem como se observa no crime anteriormente estudado.

Substância de efeito análogo. Qualquer substância que produza **efeito semelhante ou idêntico ao produzido pela dinamite** será considerada *substância de efeito análogo*.

Crime privilegiado. Dá-se pela configuração do crime de explosão mediante utilização de **engenho diverso da dinamite ou substância análoga a ela**, apresentando, portanto, **efeitos diversos**.

Neste caso, sujeito estará à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Exigência de perícia. Bem como o crime de incêndio, é necessário que a perícia participe da apuração do crime. Porém, de forma diversa, **não somente terão como tarefa a presença do perigo comum**, mas também a **identificação da substância utilizada na explosão**, indicando seus efeitos.

Aumento de pena. Aumentar-se-á a pena de **1/3**, uma vez que a explosão ocorra nas condições estabelecidas nos incisos I e II do §1º do art. 250 do Código Penal, sendo eles:

- 1) **Intuito de obter vantagem** para si ou para outrem;
- 2) Se o crime atinge **casa habitada** ou **destinada a habitação**;
- 3) Se o crime atinge **edifício público** ou **destinado a uso público**, bem como a **obra de assistência social** ou de **cultura**;



- 4) Se o crime atinge **embarcação, aeronave, comboio** ou **veículo de transporte coletivo**;
- 5) Se o crime atinge **estação ferroviária** ou **aeródromo**;
- 6) Se o crime atinge **estaleiro, fábrica** ou **oficina**;
- 7) Se o crime atinge **depósito de explosivo, combustível** ou **inflamável**;
- 8) Se o crime atinge **poço petrolífero** ou **galeria de mineração**;
- 9) Se o crime atinge **lavoura, pastagem, mata** ou floresta.

Crime culposo. Dar-se-á quando o crime for cometido mediante **negligência, imprudência** ou **imperícia**.

Neste caso, a pena **dependerá da substância causadora da explosão**:

- 1) **Sendo dinamite ou substância análoga** – pena de detenção, de seis meses a dois anos;
- 2) **Sendo demais substâncias** – pena de detenção, de três meses a um ano.

Qualificadoras. As qualificadoras estão expostas no art. 258 do Código Penal, sendo:

- 1) **No crime doloso:**
 - a. **Resultando lesão corporal** – exaspera-se a pena de 1/2;
 - b. **Resultando morte** – aplica-se a pena em dobro (x2).
- 2) **No crime culposo:**
 - a. **Resultando lesão corporal** – exaspera-se a pena de 1/2;
 - b. **Resultando morte** – aplica-se a pena do homicídio culposo (art. 121, §3º, do Código Penal), aumentado em 1/3.

1.3. Inundação

Legislação. Afirma o **art. 254** do Código Penal:

Caput

- Causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem;
- **Pena** - reclusão, de três a seis anos, e multa, no caso de dolo, ou detenção, de seis meses a dois anos, no caso de culpa.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Incolumidade Pública.
Objeto Material	Água liberada pela ação do sujeito ativo.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade), visto se tratar de crime contra pessoa <i>indeterminada</i> ou <i>indeterminável</i> .
Tipo Objetivo	<i>Causar</i> , no sentido de dar origem, fazer acontecer.
Tipo Subjetivo	Dolo ou culpa.



Tentativa	É admitido, em tese.
Consumação	Efetivação da inundação, causando perigo concreto.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva) ou <i>omissivo impróprio</i> (quando o sujeito ativo tem o dever legal de agir com a devida diligência); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido de inúmeras maneiras); 5) <i>Crime de perigo concreto</i> (deve ser comprovada a situação de perigo); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubstistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (consuma-se e exaure seus efeitos no mesmo momento).

Inundação. Segundo Nelson Hungria:

Entende-se por *inundação* o **alagamento de um local de notável extensão, não destinado a receber águas**. As águas são desviadas de seus limites naturais ou artificiais, expandindo-se em tal quantidade que criam perigo de dano a um indeterminado número de pessoas ou coisas.

Elemento essencial. Como os demais crimes de *perigo comum*, somente estará configurado uma vez que se faça provado a existência do **perigo concreto e real**, devendo tal elemento ser **confirmado mediante análise da perícia**.

Crime culposo. Aquele praticado mediante **negligência, imprudência ou imperícia**. Neste tipo, será punido com detenção, de seis meses a dois anos.

Qualificadoras. Como os demais crimes expostos neste Capítulo, tem suas qualificadoras expostas no **art. 258, CP**, sendo elas:

1) Diante do crime doloso:

- a. **Se resulta lesão:** aumenta-se de 1/2;
- b. **Se resulta morte:** aplica-se a pena em dobro.

2) Diante do crime culposo:

- a. **Se resulta lesão:** aumenta-se de 1/2;
- b. **Se resulta morte:** aplica-se a pena do homicídio culposo (art. 121, §3º, CP), aumentado de 1/3.

1.4. Perigo de Inundação

Legislação. Afirma o art. 255 do Código Penal:

Caput

- Remover, destruir ou inutilizar, em prédio próprio ou alheio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação:
- **Pena** - reclusão, de um a três anos, e multa.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Incolumidade Pública.
Objeto Material	Obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade), visto se tratar de crime contra pessoa <i>indeterminada ou indeterminável</i> .
Tipo Objetivo	<i>Remover</i> , no sentido de alterar a colocação, tirar do local em que se encontrava; <i>Destruir</i> , no sentido de aniquilar, obliterar, desintegrar; <i>Inutilizar</i> , no sentido de afastar do fim ao qual se destina.
Tipo Subjetivo	Dolo.
Tentativa	Não se admite.
Consumação	Dar-se-á com a prática de qualquer das ações descritas.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva) ou <i>omissivo impróprio</i> (quando o sujeito ativo tem o dever legal de agir com a devida diligência); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido de inúmeras maneiras); 5) <i>Crime de perigo concreto</i> (deve ser comprovada a situação de perigo); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubsistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (consoma-se e exaure seus efeitos no mesmo momento); 9) <i>Crime de ação múltipla ou de conteúdo variado</i> (ainda que a ação incida em mais de um tipo objetivo, somente haverá um delito).



Inundação. Vide tipo penal anterior.

Obstáculo natural. Trata-se de **formação natural** responsável pela **contensão das águas**, sendo a sua remoção ou modificação a causa da inundação efetiva. Ex.: um morro, uma depressão natural, um declive etc.

Obra destinada a impedir inundação. Trata-se de **edificação** (obra de **construção humana**) responsável por **represar/conter águas em determinado local**. Edificação tal que se removida, destruída ou inutilizada causa a inundação. Ex.: uma barragem, um dique, um sistema de escoamento etc.

Elemento essencial. Como os demais crimes de *perigo comum*, somente estará configurado uma vez que se faça provado a existência do **perigo concreto e real**, devendo tal elemento ser **confirmado mediante análise da perícia**.

Qualificadoras. Como os demais crimes expostos neste Capítulo, tem suas qualificadoras expostas no art. 258, CP, sendo elas:

1) Diante do crime doloso:

- a. **Se resulta lesão:** aumenta-se de 1/2;
- b. **Se resulta morte:** aplica-se a pena em dobro.

2) Diante do crime culposo:

- a. **Se resulta lesão:** aumenta-se de 1/2;
- b. **Se resulta morte:** aplica-se a pena do homicídio culposo (art. 121, §3º, CP), aumentado de 1/3.

A efetiva inundação gera concurso de crimes? Diante de tal dúvida, são duas as correntes:

- 1) Cezar Roberto Bitencourt (minoritária):** segundo tal doutrinador, a inundação, quando precedida de crime de perigo, é **fato impunível**, sendo apenas o **exaurimento do crime de perigo de inundação**, ou seja, o indivíduo, neste caso, somente responderia por este;
- 2) Majoritária:** os que defendem tal corrente afirmam que diante do cometimento dos dois tipos penais **há concurso formal**, ou seja, o indivíduo será acusado tanto pelo crime de *perigo de inundação*, como o crime de *inundação*, efetivamente.

Elemento essencial. Como os demais crimes de *perigo comum*, somente estará configurado uma vez que se faça provado a existência do **perigo concreto e real**, devendo tal elemento ser **confirmado mediante análise da perícia**.

1.5. Inundação ≠ Perigo de Inundação

A diferença mais comum se dá no **momento** em que ocorre a inundação. Enquanto na **primeira** a inundação é atual, presente, consequência direta e imediata do ato do sujeito ativo, no **perigo de inundação** a ação **não causa** a inundação de maneira imediata, **nem exige** sua ocorrência, mas **causa iminência** do acontecimento desta, reservando-lhe a **fato futuro e certo**.

1.6. Desabamento ou Desmoronamento

Legislação. Afirma o art. 256 do Código Penal:

Caput

- Causar desabamento ou desmoronamento, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem;
- **Pena** - detenção, de seis meses a um ano.

Modalidade Culposa - Parágrafo único

- Se o crime é culposos:
- **Pena** - detenção, de seis meses a um ano.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Incolumidade Pública.
Objeto Material	Construção, morro, pedreira ou semelhante que desaba ou desmorona.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade), visto se tratar de crime contra pessoa <i>indeterminada ou indeterminável</i> .
Tipo Objetivo	<i>Causar</i> , no sentido de dar origem, dar causa, fazer acontecer.
Tipo Subjetivo	Dolo ou culpa.
Tentativa	É possível.
Consumação	Dar-se-á quando do desmoronamento ou desabamento.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime material</i> (exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva) ou <i>omissivo impróprio</i> (quando o sujeito ativo tem o dever legal de agir com a devida diligência); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido de inúmeras maneiras); 5) <i>Crime de perigo concreto</i> (deve ser comprovada a situação de perigo); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (consume-se e exaure seus efeitos no mesmo momento).



Desabamento. É a definição de Nelson Hungria:

... refere-se à **queda de construções em geral** (edifícios, paredes, pontes, andaimes, etc.)

Desmoronamento. Afirma Nelson Hungria:

... mais se ajusta à **queda de formações telúricas** (barrancos, ravinas, abas de morro, rochedos, pedreiras, etc.).

Elemento essencial. Como os demais crimes de *perigo comum*, somente estará configurado uma vez que se faça provado a existência do **perigo concreto e real**, devendo tal elemento ser **confirmado mediante análise da perícia**.

Não havendo a constatação de perigo concreto, incidir-se-á na contravenção penal elencada no **art. 29 da Lei das Contravenções Penais**:

Art. 29 da Lei das Contravenções Penais. Provocar desabamento de construção ou, por erro no projeto ou na execução, dar-lhe causa:

Pena – multa, de um a dez contos de réis, se o fato não constitui crime contra a incolumidade pública.

Crime culposo. Trata-se do crime incidido diante de **negligência, imperícia ou imprudência**. Neste caso, a pena será de detenção, de seis meses a um ano.

Qualificadoras. Como os demais crimes expostos neste Capítulo, tem suas qualificadoras expostas no **art. 258, CP**, sendo elas:

1) Diante do crime doloso:

- a. **Se resulta lesão:** aumenta-se de 1/2;
- b. **Se resulta morte:** aplica-se a pena em dobro.

2) Diante do crime culposo:

- a. **Se resulta lesão:** aumenta-se de 1/2;
- b. **Se resulta morte:** aplica-se a pena do homicídio culposo (art. 121, §3º, CP), aumentado de 1/3.

2. Dos Crimes Contra a Saúde Pública

Saúde Pública. Entende-se por saúde pública a **preservação de condições saudáveis para a subsistência** do regular desenvolvimento da coletividade.

Condições saudáveis. Afirma Filangieri, apoiado por Carrara, segundo citação de Nelson Hungria:

Que haja uma classe especial de crimes cuja preponderante objetividade jurídica se concretiza na *saúde pública...*, é fácil demonstrá-lo. Ao interesse que tem o indivíduo de que não seja prejudicada a sua saúde, quer por ação direta de mão inimiga, quer pela infecção das substâncias (ar, água, alimentos) que são as renascente e indispensável condição de subsistência de suas forças vitais, corresponde a um direito particular.



Portanto, podemos chegar à conclusão de que para a manutenção de condições saudáveis à saúde pública, convém que estejam disponíveis aos indivíduos elementos determinados, quais sejam, **água potável, ar puro, alimento íntegro**. Além disso, na falta destes e, em decorrência, quando da doença, que sejam fornecidos para os indivíduos **remédios eficazes** que tenham potência para normalizar a saúde destes.

Crime contra a sociedade. Anteriormente ao estudo dos tipos penais elencados neste Capítulo, convém que relembremos se tratar de título no qual figura como *sujeito passivo* a **sociedade**, a **coletividade**, **indivíduos indeterminados**, ou seja, trata-se de trecho do Código Penal em que os crimes afetam, efetivamente, ou podem vir a afetar parte indeterminada da sociedade, submetendo à perigo a vida, integridade física e bens de pessoas não sabidas.

2.1.Epidemia

Legislação. Afirma o **art. 267** do Código Penal:

Caput

- Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos;
- Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

§1º - Resultado morte (premedito)

- Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

§2º - Modalidade culposa

- No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	O germe patogênico.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade), visto se tratar de crime contra pessoa <i>indeterminada ou indeterminável</i> .
Tipo Objetivo	<i>Causar</i> , no sentido de dar origem, dar causa, fazer acontecer.
Tipo Subjetivo	Dolo ou culpa.
Tentativa	É possível na modalidade dolosa, se por fato alheio à vontade do sujeito ativo o crime não se consumir.



Consumação	Somente se dará com a infecção efetiva de várias pessoas ao mesmo tempo. Não se consumando, portanto, quando da <i>propagação</i> .
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime material</i> (exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma vinculada</i> (a consumação se dá de forma determinada, qual seja, a propagação de germes patológicos); 5) <i>Crime de perigo concreto</i> (deve ser comprovada a situação de perigo); 6) <i>Crime de dano</i> (vem a lesar pessoas indeterminadas); 7) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 8) <i>Crime unissubsistente</i> (não é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>) ou <i>plurissubsistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 9) <i>Crime instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo); 10) <i>Crime de efeitos permanentes</i> (enquanto não houver a efetiva cura da doença).

Epidemia. Do latim cujo significado é *em um povo*, trata-se de doença infectocontagiosa (1) contraída por um **grande número de pessoas**, (2) em **local determinado** e (3) em um **curto período** de tempo.

Podemos citar como exemplo a **febre amarela**, uma vez que, em curto período de tempo e com a ocorrência em local determinado (pontos limítrofes de matas e florestas), atinge grande número de pessoas.

Endemia. Trata-se de doença infectocontagiosa (1) contraída por um **grande número de pessoas**, (2) em **local determinado** e (3) com **frequência** considerável.

Podemos citar como exemplo a **dengue**, uma vez que, devido a incidência característica em épocas quentes, apresente época específica em que ocorre com maior vigor.

Neste ponto, a identificação de **época característica** da ocorrência do fato é fundamental para a classificação da doença.

Pandemia. Do latim *de todo um povo*, trata-se de doença infectocontagiosa (1) contraída por um **grande número de pessoas**, (2) em **local indeterminado** e (2) que ocorre em um **curto período** de tempo.

Aqui, há doutrinadores que a denominam como **epidemia descontrolada**. Caracteriza-se, por exemplo, quando doença epidêmica, localizada em determinado lugar se espalha para locais diversos, passando a não mais ser possível a identificação do local que, de fato, se encontram. Neste ponto, estará configurada a pandemia.



Germes patogênicos. Dar-se-ão pelos **microrganismos capazes de transmitir doenças infectocontagiosas**. São representados por fungos, bactérias e vírus.

Aqui convém uma observação. Para que esteja configurado o crime, **é necessário que tal germe esteja ativo**, apresentando potencial transmissivo positivo. Se inativo, não sendo capaz de transmitir doença infectocontagiosa, impossível será o crime pela impropriedade absoluta do objeto.

Crime doloso. Quando a propagação da doença se der de forma dolosa, **não havendo mortes**, o indivíduo será condenado a **pena de 10 a 15 anos de reclusão**. **Havendo morte**, porém, aplicar-se-á a **pena em dobro**.

Neste último caso, tratar-se-á de crime hediondo, segundo disposição do art. 1º, VII, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90):

Art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

[...]

VII – epidemia com resultado morte (art. 267, §1º).

Convém destacar que, quanto ao resultado morte, é necessário que se trate de **preterdolo**, ou seja, o indivíduo não poderá ter agido com o intuito de causar a morte da vítima. Se o tiver, consumado estará o crime de homicídio. Para que se configure o crime de epidemia seguida de morte, portanto, dever-se-á ter agido com **dolo no antecedente e culpa no consequente**.

Crime culposo. Diante da modalidade culposa, **não havendo mortes**, será condenado a **pena de 1 a 2 anos de detenção**. **Havendo morte**, porém, a **pena será de 2 a 4 anos de detenção**.

Neste caso, cometer-se-á o crime através de **negligência, imprudência ou imperícia**.

Resultado lesão corporal. O tipo penal não especifica a pena referente ao resultado lesão. Portanto, havendo lesão de qualquer tipo em decorrência da epidemia, observar-se-á a pena estipulada no **caput** do tipo penal.

Vítima determinada. Como dissemos quando da introdução deste Capítulo, não poderá a vítima ser determinada, devendo ser, para a configuração deste crime, indeterminada, ou seja, é necessário que o *sujeito passivo* da ação criminosa seja a sociedade, a coletividade.

Sendo determinada a vítima, portanto, não estará configurado este tipo penal, mas o delito indicado pelo art. 131 do Código Penal, qual seja, o **perigo de contágio de moléstia grave**:

Art. 131 do Código Penal. Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:



Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Qualificadora. Afirma o art. 285 do Código Penal:

Art. 285 do Código Penal. Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267.

Portanto, **não se aplica** a qualificadora deste Capítulo **ao crime de epidemia**. Tal disposição se dá pelo fato do próprio tipo penal, através dos §§1º e 2º, apresentar **elementos específicos** do uso.

2.2. Envenenamento de Água Potável ou Substância Alimentícia ou Medicinal

Legislação. Dispõe o art. 270 do Código Penal:

Caput

- Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo.
- Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

§1º

- Está sujeito à mesma pena quem entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada.

§2º - Modalidade culposa

- Se o crime é culposos:
- Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	A água potável, a substância alimentícia ou medicinal.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade), visto se tratar de crime contra pessoa <i>indeterminada ou indeterminável</i> .
Tipo Objetivo	<i>Envenenar</i> , no sentido de tornar algo tóxico com a utilização de veneno.
Tipo Subjetivo	Dolo ou culpa.
Tentativa	É, teoricamente, admissível.
Consumação	Consuma-se no momento em que a água potável, a substância alimentícia ou medicinal deixam de estar aptas ao consumo em



	decorrência da adição de veneno. Não é necessário, portanto, que cause efetivo dano.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo).

Água potável. É a água **própria para beber** ou **utilizar na produção dos alimentos**, não possuindo, portanto, nenhuma substância nociva à saúde.

Uso comum. Trata-se, neste caso, da água proveniente de **serviço público** ou que se encontra em **meio natural**, como lagos ou qualquer concentração d'água natural.

Uso particular. Trata-se da água potável que se encontra em **propriedade privada**.

Substância medicinal. Trata-se da substância que tem como proposta **curar** ou **dirimir os efeitos de determinada doença**.

Substância alimentícia. Afirma o art. 2º do Decreto-Lei nº 986/69:

Art. 2º do Decreto-Lei nº 986/69. Para os efeitos deste Decreto-Lei considera-se:

I – Alimento: toda substância ou mistura de substâncias, no estado sólido, líquido ou pastoso ou qualquer outra forma adequada, destinada a fornecer ao organismo humano os elementos normais à sua formação, manutenção e desenvolvimento.

Destinação ao consumo. Aqui convém esclarecermos que somente incidirá neste crime aquele que envenenar água potável ou substância alimentícia ou medicinal destinada ao **consumo humano**. Portanto, não cometerá tal ilícito aquele que envenena elementos destinados ao consumo animal. Neste caso, é necessário que se observe as disposições da Lei 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais.

Crime culposo. Trata-se do envenenamento causado por **negligência**, **imprudência** ou **imperícia**.

Neste caso, a pena será de detenção, de seus meses a dois anos.

Qualificadora. Afirma o art. 285 do Código Penal:



Art. 285 do Código Penal. Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267.

[...]

Art. 267 do Código Penal. Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

Portanto, são as qualificadoras:

1) Diante do crime doloso:

- a. **Se resulta lesão:** aumenta-se de 1/2;
- b. **Se resulta morte:** aplica-se a pena em dobro.

2) Diante do crime culposo:

- a. **Se resulta lesão:** aumenta-se de 1/2;
- b. **Se resulta morte:** aplica-se a pena do homicídio culposo (art. 121, §3º, CP), aumentado de 1/3.

Sujeito passivo determinado. Em se tratando de sujeito passivo determinado, convém que se observe o disposto no art. 132 do Código Penal – *Perigo para a vida ou saúde de outrem*:

Art. 132 do Código Penal. Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimento de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.

Envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal ≠ Corrupção ou poluição de água potável. A única diferença que se encontra entre os tipos penais dispostos, respectivamente, nos arts. 270 e 271 do Código Penal é a **substância utilizada** para retirar da água ou substância alimentícia ou medicinal estado idôneo para o consumo. Em relação ao **primeiro**, como vimos, trata-se do **veneno**; em relação ao **segundo**, porém, tratar-se-á de **qualquer outra substância** que não seja considerada veneno.

2.3. Corrupção ou Poluição de Água Potável

Legislação. Afirma o art. 271 do Código Penal:

Caput

- Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde;
- Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

Parágrafo único - Modalidade Culposa

- Se o crime é culposos:
- Pena - detenção, de dois meses a um ano.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	A água potável.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade), visto se tratar de crime contra pessoa <i>indeterminada</i> ou <i>indeterminável</i> .
Tipo Objetivo	<i>Corromper</i> , no sentido de adulterar, estragar; <i>Poluir</i> , no sentido de sujar ou tornar prejudicial à saúde.
Tipo Subjetivo	Dolo ou culpa.
Tentativa	É, teoricamente, admissível.
Consumação	Consuma-se no momento em que a água potável deixa de estar apta ao consumo em decorrência da adição de veneno. Não é necessário, portanto, que cause efetivo dano.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo).



Água potável. Idem definição do tipo anterior.

Uso comum. Idem definição do tipo anterior.

Uso particular. Idem definição do tipo anterior.

Destinação ao consumo. É necessário que este consumo seja de **natureza humana**. Tratando-se de animal, porém, convém que se observe o disposto nas Leis dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98).

Crime culposo. Trata-se do crime cometido mediante **negligência**, **imprudência** ou **imperícia**. Nesse caso, a pena é de detenção, de dois meses a um ano.

Qualificadoras. É o que dispõe o art. 285 c/c 258 do Código Penal:

1) Diante do crime doloso:

- a. **Se resulta lesão:** aumenta-se de 1/2;
- b. **Se resulta morte:** aplica-se a pena em dobro.

2) Diante do crime culposo:

- a. **Se resulta lesão:** aumenta-se de 1/2;
- b. **Se resulta morte:** aplica-se a pena do homicídio culposo (art. 121, §3º, CP), aumentado de 1/3.

Não se confunde com o crime de Envenenamento de Água Potável ou de Substância Alimentícia ou Medicinal. Como já dito quando do estudo do tipo anterior, **aquele** utiliza como instrumento para a prática do crime especificamente o **veneno**. **Neste**, porém, estará incluída **toda e qualquer substância** que corrompa ou polua a água potável, **exceto o veneno**.

Sujeito passivo determinado. Tratando-se de **crime contra pessoa determinada**, observar-se-á o disposto no art. 132 do Código Penal – **Perigo para a vida ou saúde de outrem**.



2.4. Falsificação, Corrupção, Adulteração ou Alteração de Substância ou Produtos Alimentícios

Legislação. Afirma o art. 272 do Código Penal:

Caput

- Corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nociva à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo;
- Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§1º-A

- Incorre nas mesmas penas deste artigo quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado.

§1º - Norma Penal Explicativa

- Está sujeito às mesmas penas quem pratica as ações previstas neste artigo em relação a bebidas, com ou sem teor alcoólico.

§2º - Modalidade Culposa

- Se o crime é culposos:
- Pena - detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	Substância alimentícia ou produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade), visto se tratar de crime contra pessoa <i>indeterminada ou indeterminável</i> .
Tipo Objetivo	<i>Corromper</i> , no sentido de adulterar, estragar; <i>Falsificar</i> , no sentido de reproduzir, por meio de imitação; <i>Adulterar</i> , no sentido de deformar/deturpar; <i>Alterar</i> , no sentido de transformar/modificar; <i>Fabricar</i> , no sentido de criar/construir;



	<i>Vender</i>, no sentido de transferir coisa a outrem mediante pagamento; <i>Expor à venda</i>, no sentido de exhibir para venda; <i>Importar</i>, no sentido de trazer de outro país, estado ou município; <i>Ter em depósito</i>, no sentido de manter/guarnecer; <i>Distribuir</i>, no sentido de disponibilizar para o consumo; <i>Entregar a consumo</i>, no sentido de dar coisa a terceiro com fim de que a consuma.
Tipo Subjetivo	Dolo ou culpa.
Tentativa	É, teoricamente, admissível.
Consumação	São três os momentos consumativos: 1) <i>Caput</i> – no momento em que a substância se torna nociva à saúde; 2) <i>Caput</i> – no momento em que se reduz o valor nutricional da substância; 3) §1º-A – com a incidência dos verbos deste parágrafo, quais sejam: vender, expor à venda, importar, ter em depósito, distribuir ou entregar a consumo.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo).

Substância alimentícia. Afirmo o art. 2º do Decreto-Lei nº 986/69:

Art. 2º do Decreto-Lei nº 986/69. Para os efeitos deste Decreto-Lei considera-se:

I – Alimento: toda substância ou mistura de substâncias, no estado sólido, líquido ou pastoso ou qualquer outra forma adequada, destinada a fornecer ao organismo humano os elementos normais à sua formação, manutenção e desenvolvimento.

Destinado a consumo. Como os crimes anteriormente analisados, trata-se do *consumo humano*.



Crítica. Quando da publicação deste tipo, discutiu-se acerca da sua **inconstitucionalidade por desproporção da pena** referente à **redução do valor nutricional da substância ou alimento destinado a consumo**.

Numa **primeira análise**, a pena de 4 a 8 anos para a redução do valor nutricional da substância ou alimento, de fato, mostra-se **desproporcional**. Numa **segunda análise**, porém, analisando o caso concreto, vê-se que **não há qualquer desproporção**. Diante de um indivíduo acometido por mal de saúde que lhe exige o acompanhamento minucioso do valor nutricional de sua alimentação, qualquer redução lhe causará mau que, à princípio, parecerá imperceptível, porém que, com o prolongar do tempo, acarretará em dano mais grave, podendo, inclusive, levá-lo a óbito.

Uma vez que este crime é cometido contra pessoas indeterminadas ou indetermináveis, **não é possível que haja um prévio conhecimento em relação àqueles que consumirão a substância em questão**, sendo totalmente possível que tal redução cause mau maior a qualquer dos indivíduos que a consumam.

Por esse motivo, **não há o que se falar em desproporção da pena**.

Tipo objetivo do §1º-A. Convém notarmos que tal dispositivo não apresenta similaridade em relação aos tipos objetivos.

Diante do *caput*, temos os tipos *adulterar, corromper, falsificar* ou *alterar*; diante do §1º-A, porém, somente estão dispostos os tipos *adulterar, corromper* e *falsificar*.

Nessa hipótese, **aquele que fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender, distribui, ou entrega a consumo substância alimentícia alterada não comete crime?** Estaremos diante de fato atípico por omissão legislativa?

A resposta ainda é indefinida. Nesse caso, cabe à acusação argumentar, alegando ter sido o crime praticado mediante *adulteração, corrupção* ou *falsificação*; enquanto cabe à defesa argumentar não haver crime, visto que houve *alteração* da substância.

Norma penal explicativa. O §1º tem **função meramente explicativa**, afirmando que incorre nas mesmas penas dispostas no *caput* aquele que praticar os tipos objetivos nele descritos em relação a **bebidas**, sejam elas alcoólicas ou não.

Crime culposo. Trata-se do crime cometido mediante **negligência, imprudência** ou **imperícia**. Nesse caso, a pena será de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

Qualificadora. É o que dispõe o art. 285 c/c 258 do Código Penal:

1) Diante do crime doloso:

- a. **Se resulta lesão:** aumenta-se de 1/2;
- b. **Se resulta morte:** aplica-se a pena em dobro.

2) Diante do crime culposo:

- a. **Se resulta lesão:** aumenta-se de 1/2;
- b. **Se resulta morte:** aplica-se a pena do homicídio culposo (art. 121, §3º, CP), aumentado de 1/3.

2.5. Falsificação, Corrupção, Adulteração ou Alteração de Produto Destinado a Fins Terapêuticos ou Medicinais

Legislação. Afirma o art. 273 do Código Penal:

Caput

- Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;
- Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§1º

- Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§1º-A

- Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§1º-B

- Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no §1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:
- I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;
- II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;
- III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;
- IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;
- V - de procedência ignorada;
- VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

§2º - Modalidade Culposa

- Se o crime é culposo:
- Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.



Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	Produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, além das matérias-primas, insumos farmacêuticos, cosméticos, saneantes ou produtos de uso em diagnóstico.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade), visto se tratar de crime contra pessoa <i>indeterminada</i> ou <i>indeterminável</i> .
Tipo Objetivo	<i>Corromper</i> , no sentido de adulterar, estragar; <i>Falsificar</i> , no sentido de reproduzir, por meio de imitação; <i>Adulterar</i> , no sentido de deformar/deturpar; <i>Alterar</i> , no sentido de transformar/modificar; <i>Vender</i> , no sentido de transferir coisa a outrem mediante pagamento; <i>Expor à venda</i> , no sentido de exhibir para venda; <i>Importar</i> , no sentido de trazer de outro país, estado ou município; <i>Ter em depósito</i> , no sentido de manter/guarnecer; <i>Distribuir</i> , no sentido de disponibilizar para o consumo; <i>Entregar a consumo</i> , no sentido de dar coisa a terceiro com fim de que a consuma.
Tipo Subjetivo	Dolo ou culpa.
Tentativa	É, teoricamente, admissível.
Consumação	Consuma-se na incidência dos tipos objetivos, além da incidência nos elementos descritos no §1º-B.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo) ou <i>permanente</i> (a consumação se prolonga no tempo).

Medicamento ou produto de fim terapêutico. Afirma o art. 4º, II, da Lei 5.991/73:

Art. 4º da Lei 5.991/73. Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos:

[...]



II – Medicamento – produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico.

§1º - cometimento de crime por equiparação e crítica doutrinária. Bem como o §1º-A do tipo penal anteriormente analisado, este tem como pretensão criminalizar conduta diversa do *caput*. Aqui, *não é necessário que o indivíduo, ele mesmo, corrompa, adultere, altere ou falsifique* produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, mas apenas que *importe, venda, exponha à venda, tenha em depósito para vender, distribua ou entregue ao consumo*.

§1º-A – extensão do objeto. Este parágrafo somente teve a intenção de estender os objetos deste delito, sendo eles:

1) Matéria-prima:

Nesse caso, entende-se por matéria-prima qualquer **substância bruta essencial para a fabricação de produtos com fins terapêuticos ou medicinais**. Trata-se do **princípio ativo** do medicamento, portanto.

2) Insumo farmacêutico. Afirma o art. 4º, III, da Lei anteriormente destacada:

Art. 4º da Lei 5.991/73. Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos:

[...]

III – Insumo Farmacêutico – **droga ou matéria-prima aditiva ou complementar de qualquer natureza**, destinada a emprego em medicamentos, quando for o caso, e seus recipientes.

Trata-se, portanto, de qualquer material utilizado na **composição do medicamento**, excetuando-se o *princípio ativo*, referente à matéria prima.

3) Cosmético. Afirma o art. 3º, V, da Lei 6.360/76:

Art. 3º da Lei 6.360/76. Para os efeitos desta Lei, além das definições estabelecidas nos incisos I, II, III, IV, V e VII do Art. 4º da Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, são adotadas as seguintes:

[...]

V – Cosméticos: produtos para uso externo, destinados à proteção ou ao embelezamento das diferentes partes do corpo, tais como pós faciais, talcos, cremes de beleza, creme para as mãos e similares, máscaras faciais, loções de beleza, soluções leitosas, cremosas e adstringentes, loções para as mãos, bases de maquiagem e óleos cosméticos, rugas, “blushes”, batons, lápis labiais, preparados anti-solares, bronzeadores e simulatórios, rímeis, sombras, delineadores, tinturas capilares, agentes clareadores de cabelos, preparados para ondular e para alisar cabelos, fixadores de cabelos, laquês, brilhantinas e similares, loções capilares, depilatórios e epilatórios, preparados para unhas e outros.



4) **Saneante.** Afirma o art. 3º, VII, da Lei 6.360/76:

Art. 3º da Lei 6.360/76. Para os efeitos desta Lei, além das definições estabelecidas nos incisos I, II, III, IV, V e VII do Art. 4º da Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, são adotadas as seguintes:

[...]

VII – Saneantes Domissanitários: substâncias ou preparações destinadas à higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar, em ambientes coletivos e/ou públicos, em lugares de uso comum e no tratamento da água compreendendo:

- a) inseticidas – destinados ao combate, à prevenção e ao controle dos insetos em habitações, recintos e lugares de uso público e suas cercanias;
- b) raticidas – destinados ao combate a ratos, camundongos e outros roedores, em domicílios, embarcações, recintos e lugares de uso público, contendo substâncias ativas, isoladas ou em associação, que não ofereçam risco à vida ou à saúde do homem e dos animais úteis de sangue quente, quando aplicados em conformidade com as recomendações contidas em sua apresentação;
- c) desinfetantes – destinados a destruir, indiscriminada ou seletivamente, microorganismos, quando aplicados em objetos inanimados ou ambientes;
- d) detergente – destinados a dissolver gorduras e à higiene de recipientes e vasilhas, e a aplicações de uso doméstico.

5) **Produto utilizado para fins de diagnóstico:**

Sua conceituação coincide com o conceito de *medicamentos*. Este, porém, é utilizado quando da **realização de diagnósticos**, tendo como objetivo a **resposta positiva ou negativa** em relação à existência de determinada doença em quem tenha feito o exame.

A doutrina vê esta inclusão (provocada pela Lei 9.677/98) como sendo um **equivoco do legislador**. O primeiro ponto criticado é em relação à **matéria-prima e insumos farmacêuticos**, visto que estes elementos, por si só, **não apresentam capacidade curativa, não tendo aplicação profilática, nem paliativa**, somente sendo possível a utilização para fins medicinais ou terapêuticos de forma indireta. O segundo ponto, porém, mais grave, refere-se aos **cosméticos** e **saneantes**. Estes, por sua vez, **não apresentam qualquer aplicação destinado a fins terapêuticos ou medicinais**, não havendo qualquer ligação com a proposta do tipo penal.

§1º-B – adição de novos elementos e críticas doutrinárias. Dispõe que se aplicará a pena deste artigo, independente da *corrupção, adulteração, alteração ou falsificação* do produto, uma vez que haja a **importação, venda, exposição à venda, depósito para venda, distribuição ou entrega de produtos**:

- 1) **Sem registro no órgão de vigilância sanitária;**
- 2) **Em desacordo com a fórmula constante do registro no órgão de vigilância sanitária;**



- 3) **Sem as características de identidade e qualidade** admitidas para a sua comercialização;
- 4) Com **redução de seu valor terapêutico** ou de sua atividade;
- 5) De **procedência ignorada**;
- 6) **Adquiridos de estabelecimento sem licença** da autoridade sanitária competente.

Nesse parágrafo, a doutrina novamente tece **críticas** em relação ao **deslocamento quanto ao objetivo e função destinada ao tipo penal** em questão, não mais se tratando de crime referente a produtos para fins medicinais ou terapêuticos. Aqui, visto a **designação genérica da palavra produto**, é possível que se entenda estarem protegidos por tal disposição todo e qualquer produto submetido ao controle da Vigilância Sanitária. Sendo verdadeira tal hipótese, estaríamos, novamente, diante da **inclusão de elementos diversos daqueles cujo fim é de natureza terapêutica ou medicinal**.

Entende, porém, Cezar Roberto Bittencourt:

Sintetizando, a *interpretação coerente do §1º-B*, condizente com o *princípio da legalidade* e o mandamento de taxatividade, bem como com a concepção de *Direito Penal mínimo* e garantista, somente pode ser a que *limite a incidência das ações incriminadas*, no sentido de que *somente serão típicas quando incidirem sobre os produtos indicados no “caput” e no §1º do art. 273*.

Inconstitucionalidade do preceito secundário do tipo penal. Diante da alteração feita pela Lei 9.677/98, a pena deste tipo penal passou de 1 a 3 anos para 10 a 15 anos, mantendo-se a multa.

Novamente se viu um **deslocamento do fim deste tipo penal**, entendendo que a **conduta por ele incriminada não possuía gravidade condizente com a pena nele aplicada**, infringindo os *Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade*. Nesse sentido é o entendimento do STJ acerca da Portaria nº 344/98 do Conselho Federal de Farmácia no REsp 1488300/PR:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.488.300-PR (2014/0271269-0) RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ; RECORRENTE: RICARDO ALEXANDRE DE SOUZA; ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO; RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

[...]

Em sessão realizada no dia 26/2/2015, a Corte Especial deste Superior Tribunal, nos termos do art. 97 da Constituição da República, acolhei a arguição de inconstitucionalidade suscitada nos autos do HC n. 239.363/PR, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do Código Penal, por ofensa ao princípio da proporcionalidade. Segundo o Ministro Relator, “se há verdadeira e gritante desproporção, se há desrespeito ao substantivo *due process of law*, isto é, ao art. 5º, LIV, da Constituição, **cumprida a esta Corte declarar, incidentalmente, a**



inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do Código Penal” (página 21). Na ocasião, registrou que “devemos ficar adstritos ao preceito secundário da norma e, considerando-o inconstitucional, no caso concreto **será aplicada a pena prevista no art. 33 da Lei de Drogas, com possibilidade até de incidência do respectivo §4º**”. Em síntese, entendeu a Corte Especial que é possível fazer a analogia por semelhança de condutas para beneficiar o acusado.

Portanto, entendeu-se **inconstitucional** o preceito secundário do tipo penal somente em relação ao §1º-B. Nesse caso, **aplicou-se, analogicamente, a pena referente ao crime disposto no art. 33 da Lei de Tóxicos**⁷, visto a semelhança dos seguintes elementos:

- 1) **Ambos são crimes hediondos;**
- 2) **Ambos têm como objeto jurídico a saúde pública;**
- 3) **Ambos são crimes de perigo abstrato.**

A pena que fora aplicada, portanto, é de reclusão, de 5 a 15 anos, e multa.

Acontece, porém, que tal decisão, como mencionado no resumo do processo, **fora feita de modo incidental, ou seja, em controle difuso de constitucionalidade**, possuindo, portanto, **efeitos inter partes**. A aplicação analógica da pena prevista no art. 33 da Lei de Tóxicos, logo, **não é obrigatória**, sendo possível que se condene os indivíduos que cometerem os fatos dispostos no §1º-B do art. 273 do Código Penal pela pena neste dispositivo mencionada.

É importante que frisemos o fato de a **inconstitucionalidade** ter sido decretada **somente em relação ao disposto no §1º-B**, em relação ao *caput* e ao §1º, porém, não há o que se falar em inconstitucionalidade.

Convém informar, ainda, que em relação aos **saneantes e cosméticos**, tem sido comum, **na prática**, a **condenação pelo crime de contrabando**⁸, e não pelo crime descrito no art. 273. Desta forma, a pena aplicada seria de reclusão, de 2 a 5 anos. Esta conduta, porém, ainda não apresenta embasamento jurisprudencial ou doutrinário, sendo, como dito, apenas um artifício utilizado na prática.

Princípio da insignificância. Não é possível a aplicação do princípio da insignificância em relação aos crimes contra a saúde pública.

Crime culposos. Cometido por meio de **negligência, imprudência ou imperícia**. Nesse caso, a pena será de detenção, de 1 a 3 anos.

⁷ **Art. 33 da Lei de Tóxicos.** Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

⁸ **Art. 334-A do Código Penal.** Importar ou exportar mercadoria proibida:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Qualificadora. É o que dispõe o art. 285 c/c 258 do Código Penal:

1) Diante do crime doloso:

- a. **Se resulta lesão:** aumenta-se de 1/2;
- b. **Se resulta morte:** aplica-se a pena em dobro.

2) Diante do crime culposo:

- a. **Se resulta lesão:** aumenta-se de 1/2;
- b. **Se resulta morte:** aplica-se a pena do homicídio culposo (art. 121, §3º, CP), aumentado de 1/3.

Crime hediondo. Afirma o art. 1º, VII-B, da Lei dos Crimes Hediondos:

Art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

[...]

VII-B. falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 173, *caput* e §1º, §1º-A e §1º-B, com redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

Da Lei de Tóxicos

1. Introdução

Legislação. Tal assunto é legislado pela **Lei 13.343**, de 23.08.2006.

Objetivos. Afirma o art. 1º da Lei de Drogas:

Art. 1º da Lei de Drogas. Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Portanto, são **dois** os principais **objetivos** desta lei, quais sejam:

- 1) **Prevenção ao uso indevido de drogas;**
- 2) **Repreender a produção e o tráfico destas substâncias.**

Drogas. Para que entendamos esta lei em sua completude, convém que definamos o conceito de drogas. Como bem faz o *parágrafo único* anteriormente destacado, trata-se de qualquer **produto** ou **substância** capaz de **causar dependência física** ou **psíquica**, cujo **princípio ativo** esteja **disposto** em lei específica ou lista atualizada pelo Poder Executivo, qual seja, a **Portaria nº 334 da Secretária de Vigilância Sanitário do Ministério da Saúde**.

Perigo abstrato. Convém destacarmos, antes do estudo dos crimes e das penas deste dispositivo, tratem-se de crimes de *perigo abstrato*, isto é, as substâncias elencadas na Portaria acima referida são nelas dispostas pelo perigo abstrato que causam à sociedade, ou seja, **não é necessário que causem, de fato, o risco**. Considera-se que estas, por si só, **geram perigo à saúde pública**.

Desse modo, ainda que o indivíduo seja interceptado com pequena quantidade de entorpecentes ou se apresentar, ele, resistência considerável em relação aos efeitos da dependência, não há o que se falar em descaracterização dos crimes aqui referidos.

Cláusula proibitiva geral. Afirma o art. 2º da Lei de Drogas:

Art. 2º da Lei de Drogas. Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias



Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

Portanto, **é vedado o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais ou substratos que são extraídos ou produzidos através das drogas, salvo nos casos de autorização legal para pesquisa científica ou medicinal em local e prazo determinados, mediante fiscalização, bem como se utilizados com fins ritualísticos-religiosos.**

2. Dos Crimes e Das Penas

2.1. Da Aplicação das Penas

Afirma o art. 27 da Lei de Drogas:

Art. 27 da Lei de Drogas. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

Portanto, as penas poderão ser aplicadas:

- 1) Isoladas;
- 2) Cumulativamente.

Além disso, para garantir a eficácia do fim ao qual se destina a aplicação da pena, **poderá o juiz decretar a sua substituição pela que lhe parecer mais adequada.**

2.2. Do Porte e Cultivo para Consumo Próprio

Legislação. Afirma o art. 28 da Lei de Drogas:

Caput

- Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
 - I - advertência sobre os efeitos das drogas;
 - II - prestação de serviços à comunidade;
 - III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.



§1º - Crime Equiparado

- Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substâncias ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§2º - Critério de Avaliação

- Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§3º - Do Prazo quando da primariedade

- As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§4º - Do Prazo quando da Reincidência

- Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§5º - Da Prestação de Serviços à Comunidade

- A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, de prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§6º - Da Garantia do Cumprimento da Pena

- Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:
 - I - admoestação verbal;
 - II - multa.

§7º - Fornecimento de Serviços de Saúde

- O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	As drogas – substâncias elencadas na Portaria 344/MS.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade),
Tipo Objetivo	Adquirir , no sentido de obter para si, a título oneroso ou gratuito; Guardar , no sentido de manter sob sua vigilância; Ter em depósito , no sentido de manter em local determinado; Transportar , no sentido de conduzir de um local para outro em um meio de transporte; Trazer consigo , no sentido de conduzir de um local para outro junto ao corpo; Semear , no sentido de lançar sementes para fazer germinar; Cultivar , no sentido de tratar a terra, lavrar, amanhoar; Colher , no sentido de apanhar ou tirar, separando do ramo ou da haste.
Tipo Subjetivo	Dolo específico de usar para si.
Tentativa	É admissível em relação ao tipo <i>adquirir</i> , porém inadmissível em relação aos tipos <i>trazer consigo</i> , <i>guardar</i> , <i>ter em depósito</i> e <i>transportar</i> .
Consumação	Em relação à modalidade <i>adquirir</i> , o crime é instantâneo, isto é, consuma-se ao ser atingido o tipo. Em relação aos tipos <i>trazer consigo</i> , <i>guardar</i> , <i>ter em depósito</i> e <i>transportar</i> , porém, tratar-se-á de crime <i>permanente</i> , consumando-se quando detém a droga, estendendo-se pelo tempo que a portar. Cabe informar, portanto, não se consumir com o consumo, mas com a incidência nos tipos objetivos.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo) ou <i>permanente</i> (a consumação se prolonga no tempo).

Elemento subjetivo específico. Para que este dispositivo seja caracterizado, é necessário que o agente incida nos tipos objetivos com o **único objetivo de consumir as**



substâncias pessoalmente. Qualquer desvio em relação a tal fato, possuindo finalidade secundária, caracterizado estará o crime de *tráfico de drogas* – posteriormente estudado.

Nesse sentido, deverá o juiz analisar as condutas antecedentes do indivíduo em questão.

Norma penal em branco. Bem como dito quando da introdução deste Capítulo, trata-se de *norma penal em branco*, visto não nos indicar quais são as substâncias consideradas como entorpecentes. Para tanto, basta que se observe o disposto na Portaria nº 334/MS.

Elemento normativo. Este tipo apresenta elemento normativo, isto é, situação que se não configurada deixa de configurar o crime. Neste caso, trata-se da incidência nos tipos objetivos *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*.

Portanto, não há o que falar em incidência neste crime em relação ao indivíduo que adquire tais substâncias em decorrência de *receita médica*, bem como não estará caracterizado tal crime a injeção de substâncias entorpecentes realizada por *profissional devidamente autorizado para tanto*.

Critério de avaliação. Segundo disposição do §2º, são três os critérios que serão analisados pelo juiz, acarretando na incidência deste tipo ou do crime disposto no art.33 da Lei de Tóxicos (tráfico de drogas):

- 1) **Natureza e quantidade da substância:** para que se caracteriza este crime, espera-se que o indivíduo possua consigo apenas uma substância entorpecente, apresentando quantidade compatível com o uso pessoal;
- 2) **Local e condição em que se desenvolveu a ação:** a caracterização deste crime ocorre quando a apreensão se faz em local afastado da incidência ou de indícios da incidência de crime de tráfico, bem como esteja o indivíduo em condições idôneas ao uso próprio;
- 3) **Circunstâncias sociais e pessoais:** aqui, é necessário, por exemplo, que o indivíduo apresente condições socioeconômicas compatíveis com o rendimento do uso dos entorpecentes, bem como a constatação da existência do uso reiterado, provando o uso próprio;
- 4) **Conduta e antecedentes:** leva-se em consideração a maneira como o indivíduo reage à abordagem policial, bem como seus antecedentes criminais.

Pena. Segundo disposição deste artigo, são as penas:

- 1) **Advertência sobre os efeitos da droga:** segundo Ricardo Antonio Andreucci, *aceita pela defesa, deverá o juiz censurar levemente o autor do fato, esclarecendo-o sobre os efeitos nocivos da droga (não somente para ele próprio, mas também para toda a sociedade);*
- 2) **Prestação de serviços à comunidade:** segundo disposição do §5º deste artigo, será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou



assistenciais, hospitalares, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas;

- 3) **Medida educativa – comparecimento a programa ou curso educativo;**
- 4) **Admoestação verbal:** trata-se de punição utilizada subsidiariamente às anteriores, quando recusa do agente em realizar as atividades punitivas a ele incumbidas. Dá-se, segundo Ricardo Antonio Andreucci, pela *censura verbal feita pelo juiz, concitando o agente a cumprir a medida que lhe foi aplicada*;
- 5) **Multa:** igualmente a anterior, somente será aplicada quando da recusa injustificada do cumprimento das três primeiras. Nesse caso, trata-se de sanção pecuniária.

A longevidade de tais punições dependerá da primariedade ou reincidência do agente. Sendo réu primário, as penas poderão ser aplicadas no prazo máximo de 5 meses. Sendo reincidente, as penas poderão ser aplicadas no prazo máximo de 10 meses.

2.3. Do Tráfico de Drogas

2.3.1. Caput

Legislação. Afirma o art. 33 da Lei de Tóxicos:

Caput

- Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
- Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	As drogas – substâncias elencadas na Portaria 344/MS.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade),
Tipo Objetivo	Importar , no sentido de fazer entrar o entorpecente no País; Exportar , no sentido de enviar o entorpecente para outro país; Remeter , no sentido de deslocar a droga de um local para outro dentro do país; Preparar , no sentido de combinar substâncias não entorpecentes, resultando na criação de substância tóxica para o uso; Produzir , no sentido de criar, confeccionar;



	Fabricar, no sentido de produzir, por meio industrial; Adquirir, no sentido de obter para si, a título oneroso ou gratuito; Vender, no sentido de alienar, onerar; Expor à venda, no sentido de exibir o entorpecente para que se venda; Oferecer, no sentido de abordar alguém com o intuito de lhe dar/ lhe vender o entorpecente; Ter em depósito, no sentido de manter em local determinado Transportar, no sentido de conduzir de um local para outro em um meio de transporte; Trazer consigo, no sentido de conduzir de um local para outro junto ao corpo; Guardar, no sentido de manter sob sua vigilância; Prescrever, no sentido de receitar (segundo a doutrina majoritária, pode ser executado por qualquer indivíduo); Ministrar, no sentido de aplicar, inocular, introduzir (segundo a doutrina majoritária, pode ser executado por qualquer indivíduo); Entregar a consumo, no sentido de disponibilizar para que seja consumido; Fornecer, no sentido de proporcionar.
Tipo Subjetivo	Dolo.
Tentativa	É admissível.
Consumação	Em relação aos tipos objetivos <i>vender, adquirir, oferecer</i> etc., trata-se de crime instantâneo, ou seja, consumir-se-á diante da incidência nestes tipos. Em relação aos tipos <i>transportar, trazer consigo, guardar, ter em depósito</i> etc., trata-se de crime <i>permanente</i>, ou seja, consumir-se-á durante toda a execução da ação descrita.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo) ou <i>permanente</i> (a consumação se prolonga no tempo).

Crime de ação múltipla. Trata-se de *tipo misto alternativo* ou *crime de conteúdo variado*, ou seja, ainda que *mais de um tipo objetivo* esteja caracterizado, diante de uma



única ação, há um **único crime**. Tal entendimento se estende para todos os dispositivos dispostos neste artigo, incluindo os parágrafos e incisos.

Norma penal em branco. Novamente, **omitiu** o legislador acerca do conceito e da identificação do que se entende pelo termo **droga**. Como sabemos, tais elementos estão dispostos na **Portaria nº 344 do Ministério da Saúde**.

Elemento normativo do tipo. Trata-se da especificação de que é necessário que a incidência nos tipos objetivos desta norma ocorra **sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar**. Havendo autorização ou determinação legal ou regulamentar nesse sentido, não há o que se falar em crime de tráfico.

Especificidade dos tipos. Convém esclarecermos uma divergência doutrinária que existe em relação a dois dos tipos objetivos deste crime: **ministrar** e **prescrever**.

- 1) **Corrente majoritária:** entendem que poderão incidir nestes tipos penais qualquer indivíduo;
- 2) **Corrente majoritária:** entendem que somente poderão incidir nestes tipos penais **profissionais da área da saúde**.

Elementos considerados quando da fixação da pena. Afirma o art. 42 da Lei de Tóxicos:

Art. 42 da Lei de Tóxicos. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal⁹, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Quando da **dosimetria da pena das normas penais gerais, favoráveis as circunstâncias**, o juiz fixará a **pena-base no mínimo legal**. Contudo, **excepcionalmente**, diante dos crimes nesta Lei estabelecidos, o juiz analisará para a fixação das penas, sobrepondo a análise estabelecida no art. 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais), os seguintes elementos:

- 1) **Natureza da substância ou do produto;**
- 2) **Quantidade da substância ou do produto;**
- 3) **A personalidade do agente;**
- 4) **A conduta social do agente.**

⁹ **Art. 59 do Código Penal.** O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.



Portanto, ainda que as circunstâncias judiciais sejam favoráveis, diante de circunstâncias negativas relacionadas aos elementos acima destacados, é possível que o juiz fixe a pena-base acima do mínimo legal.

Preceito secundário do caput. Segundo a disposição do *preceito secundário* do *caput*, a pena é de reclusão, de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

A fixação da multa observa o disposto no art. 43 da Lei de Tóxicos:

Art. 43 da Lei de Tóxicos. Na fixação da multa e que se referem os arts. 33 a 39 desta Lei, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 desta Lei, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo.

Parágrafo único. As multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas no máximo.

Portanto, para cada dia-multa o juiz poderá aplicar multa referente a 1/30 (um trinta avos) até 5 vezes o maior salário-mínimo. Tratando-se, porém, de concurso de crimes, tal valor poderá alcançar o décuplo, se em virtude da situação econômica do acusado, o juiz considerar ineficazes as multas anteriormente destacadas.

Limite entre a incidência do crime de Porte e Cultivo para Consumo Próprio e o crime de Tráfico de Drogas. O termo limite entre os dois tipos penais se estabelece através de seus **tipos penais**, visto que há coincidência em relação a alguns deles.

Diante disso, caracterizadas as **condutas exclusivas do art. 33**, não há o que se falar em dúvida quanto à aplicação do **crime de tráfico de drogas**.

Contudo, uma vez caracterizadas as **condutas coincidentes** entre os dois tipos, é necessário que haja **análise do fato de acordo com os elementos estipulados no §2º do art. 28** (*natureza e quantidade da substância; local e condições em que se desenvolveu a ação; circunstâncias sociais e pessoais do agente; conduta e antecedentes do mesmo*). A **análise favorável** destes elementos enseja a penalização pelo crime de **porte e cultivo para consumos próprio**. Em contraponto, a **análise negativa** destes elementos acarreta na condenação pelo **crime de tráfico de drogas**.



Façamos, para concluir, uma tabela referente aos tipos em questão:

Tipos não coincidentes – se caracterizados, ensejam a condenação pelo crime de tráfico de drogas	Tipos coincidentes – a sua caracterização enseja a análise de acordo com os elementos do §2º do art. 28
Importar Exportar Remeter Preparar Fabricar Expor à venda Oferecer Prescrever Ministrar Entregar para consumo Fornecer	Adquirir Guardar Ter em depósito Transportar Trazer consigo

Regime inicial do cumprimento da pena. Como bem sabemos, o crime de tráfico de drogas é equiparado aos crimes hediondos. Por esse motivo, o regime inicial do cumprimento de pena, em tese, assemelha-se à disposição destinada aos crimes hediondos.

Nesse sentido é a disposição do art. 2º, *caput* e §1º, da Lei dos Crimes Hediondos:

Art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos. Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança.

§1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

Segundo disposição legal, portanto, o regime inicial de cumprimento da pena do crime de tráfico de drogas é fechado.

Convém informar, porém, que tal disposição foi entendida inconstitucional pelo STF, na decisão proferido no HC 111.840. Segue descrição da decisão¹⁰:

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu, durante sessão extraordinária realizada na manhã desta quarta-feira (27), o Habeas Corpus (HC) 111840 e declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07, o qual prevê que a pena por crime de tráfico será cumprida, inicialmente, em regime fechado.

¹⁰ Texto disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=210893&caixaBusca=N>>.



No HC, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo pedia a concessão do habeas corpus para que um condenado por tráfico de drogas pudesse iniciar o cumprimento da pena de seis anos em regime semiaberto, alegando, para tanto, a inconstitucionalidade da norma que determina que os condenados por tráfico devem cumprir a pena em regime inicialmente fechado.

Segue trecho da ementa do HC:

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão, Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88¹¹). Fundamentação necessária (CP, art. 33, §3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

[...]

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trata de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, §2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do §3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

[...]

Como podemos ver, portanto, não se aplicará o regime inicial fechado àquele acusado pelo crime de tráfico de drogas, salvo se o juiz, mediante fundamentação nos

¹¹ **Art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.** A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.



autos, levando em consideração o disposto no art. 33, §3º¹², c/c art. 59 do Código Penal¹³, entender necessário.

Princípio da insignificância. Afirma trecho da ementa do HC 248.652/STJ:

[...]

3. Não é possível a aplicação do princípio da insignificância no tráfico de entorpecentes, por se tratar de crime de perigo abstrato, que visa a proteger a saúde pública, sendo irrelevante a pequena quantidade de droga apreendida.

Portanto, independentemente da quantidade e das condições em que se deu a configuração do crime, não há o que se falar em aplicação do *princípio da insignificância*, visto se tratar de crime contra a Saúde Pública.

Traficante usuário. Não há o que se falar em utilização de conduta diversa. Ainda que a traficância se dê única e exclusivamente para a satisfação do vício, o indivíduo será acusado pelo crime de tráfico de drogas.

Art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Afirma o dispositivo:

Art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou a adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica:

Pena – detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Diante de tal dispositivo, é possível que haja alguma confusão em relação ao crime de tráfico de drogas.

Contudo, não se confundirá tal dispositivo com o crime aqui estudado, uma vez que o ECA somente penaliza a entrega a crianças ou adolescentes de substâncias que causem dependência física ou psíquica diversas daquelas dispostas na Portaria nº 344 do Ministério da Saúde. Podemos citar como exemplo dos elementos abrangidos no ECA o cigarro.

¹² **Art. 33, §3º, do Código Penal.** A determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

¹³ **Art. 59 do Código Penal.** O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

2.3.2. §1º, I – Condutas Relacionadas à Matéria-Prima, Insumo ou Produto Químico Destinado à Preparação de Drogas

Legislação. É a disposição legal:

§1º, I

- Nas mesmas penas incorre quem:
- Importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	Substância destinada à preparação das drogas, ou seja, a matéria-prima.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade),
Tipo Objetivo	Importar , no sentido de fazer entrar o entorpecente no País; Exportar , no sentido de enviar o entorpecente para outro país; Remeter , no sentido de deslocar a droga de um local para outro dentro do país; Fabricar , no sentido de produzir, por meio industrial; Adquirir , no sentido de obter para si, a título oneroso ou gratuito; Vender , no sentido de alienar, onerar; Expor à venda , no sentido de exhibir o entorpecente para que se venda; Oferecer , no sentido de abordar alguém com o intuito de lhe dar/ lhe vender o entorpecente; Fornecer , no sentido de proporcionar; Ter em depósito , no sentido de manter em local determinado; Transportar , no sentido de conduzir de um local para outro em um meio de transporte; Trazer consigo , no sentido de conduzir de um local para outro junto ao corpo; Guardar , no sentido de manter sob sua vigilância.



Tipo Subjetivo	Dolo.
Tentativa	É admissível.
Consumação	Em relação aos tipos objetivos <i>vender, adquirir, oferecer</i> etc., trata-se de crime instantâneo, ou seja, consumir-se-á diante da incidência nestes tipos. Em relação aos tipos <i>transportar, trazer consigo, guardar, ter em depósito</i> etc., trata-se de crime <i>permanente</i> , ou seja, consumir-se-á durante toda a execução da ação descrita.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo) ou <i>permanente</i> (a consumação se prolonga no tempo).

Matéria-prima e potencialidade do objeto. Tem-se por matéria prima qualquer substância bruta extraída ou produzida que seja essencial na confecção da substância entorpecente disposta na Portaria nº 344 do Ministério da Saúde, mediante sua transformação ou modificação, ainda que, por si só, não seja capaz de gerar dependência.

Convém destacar este último ponto: não se faz necessário, ou seja, não é *elemento subjetivo do tipo* a potencialidade do objeto em causar dependência física ou psíquica, não sendo necessário, inclusive, que esteja catalogado em qualquer lista do Ministério da Saúde.

Delito autônomo. Trata-se de disposição suficiente, crime autônomo, não sendo necessário que, em conjunto, seja cometido delito diverso.

Inclusive, é possível que haja concurso.

2.3.3. §1º, II – Condutas Relacionadas a Plantas que se Constituem em Matéria-Prima para a Preparação de Drogas

Legislação. É a disposição da norma:

§1º, II

- Nas mesmas penas incorre quem:
- Semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regularmente, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	Plantas que constituam em matéria-prima para a preparação de drogas.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade),
Tipo Objetivo	Semear , no sentido de lançar sementes para fazer germinar; Cultivar , no sentido de tratar a terra, lavrar, amanhoar; Colher , no sentido de apanhar ou tirar, separando do ramo ou da haste.
Tipo Subjetivo	Dolo.
Tentativa	É admissível.
Consumação	Em relação aos tipos <i>semear</i> e <i>colher</i> , trata-se de crime <i>instantâneo</i> . Em relação, porém, ao tipo <i>cultivar</i> , trata-se de crime permanente.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo) ou <i>permanente</i> (a consumação se prolonga no tempo).



Potencialidade do objeto. Não é necessário que a planta, em si, possua a substância entorpecente, mas que tenha a potencialidade de, mediante transformação ou modificação, gerar a droga, ou seja, somente é necessário que seja matéria prima do produto final.

Porém, afirma Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Com efeito, existem algumas plantas que, em si, possuem o **princípio ativo**. É o que ocorre, por exemplo, com as folhas da *cannabis sativa* L (maconha), que contêm o tetrahydrocannabinol. Em tal caso, a posse ou guarda dessas folhas já configura o crime de tráfico na figura do *caput* do art. 33. Existem, contudo, algumas plantas que não possuem o princípio ativo e que necessitam passar por processos químicos ou outras formas de preparo para a obtenção do princípio ativo. Nesses casos, as plantas constituem matéria-prima e configura-se a figura equiparada em análise (art. 33, §1º, II).

Posse de sementes. Não configura este dispositivo, por falta de previsão. Contudo, com a constatação do princípio ativo na semente, estará configurado o crime disposto no *caput*.

Diante da não constatação de princípio ativo¹⁴, porém, são duas as correntes:

- 1) Punição pelo disposto no art. 33, §1º, I, da Lei de Tóxicos;
- 2) Fato atípico, visto que a semente não é utilizada na preparação da droga, mas sim na produção, fato não constante no tipo penal em análise.

Não se confunde com o art. 28, §1º, da Lei de Tóxicos¹⁵. Como já vimos anteriormente, o art. 28, em seu §1º, afirma ser ilegal semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância entorpecente para o consumo próprio. Aí está a diferença. Em contraponto, o art. 33, §1º, III, condena o semeio, o cultivo e a colheita quando não se tratar do acúmulo dos elementos *pequena quantidade* e *para consumo próprio*, ou seja, quando não houver a incidência destes dois elementos, configurado estará o crime disposto neste dispositivo. Contudo, averiguados os dois elementos, incidido estará o crime disposto no art. 28.

Delito autônomo. Admite concurso.

¹⁴ Convém destacar, aqui, o fato de a semente da maconha não possuir o princípio ativo da droga em si, fato este que a enquadra no art. 33, §1º, I, da Lei de Tóxicos.

¹⁵ **Art. 28, §1º, da Lei de Tóxicos.** Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substâncias ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.



2.3.4. §1º, III – Utilização de Local ou Bem para Tráfico ou Consentimento de Uso de Local ou Bem para que Terceiro Pratique Tráfico

Legislação. Afirma a Lei de Tóxicos:

§1º, III

- Nas mesmas penas incorre quem:
- Utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	Local ou bem de qualquer natureza (móvel ou imóvel), destinado ao tráfico ilícito de drogas.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade),
Tipo Objetivo	Utilizar , no sentido de destinar o bem a determinado fim; Consentir que se utilize , no sentido de aprovar que utilizem o bem.
Tipo Subjetivo	Dolo direto ou eventual.
Tentativa	É admissível.
Consumação	Consuma-se com a ocorrência do tráfico.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime material</i> (exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubsistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo).



Dolo eventual. É possível, sim, que haja a ocorrência de dolo eventual, porém somente diante do *consentimento para que se utilize*. Uma vez que o indivíduo tenha conhecimento do uso de substâncias entorpecentes, ainda que inicialmente para o consumo próprio, possui o dever legal de fiscalizar o bem que lhe pertence.

Elemento subjetivo específico. É necessário que a utilização do bem seja voltada à prática do crime de tráfico de drogas.

Não contato com a droga. É necessário que o sujeito ativo não tenha contato com a droga. Uma vez que tenha incidirá no disposto no *caput*.

2.3.5. §2º - Induzimento, Instigação ou Auxílio ao Uso de Droga

Legislação. É a disposição:

§2º

- Induzir, instigar ou auxiliar ao uso indevido de droga:
- **Pena** - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	As drogas – substâncias elencadas na Portaria 344/MS.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade),
Tipo Objetivo	Induzir , no sentido de fazer nascer a ideia em quem não a tem; Instigar , no sentido de reforçar a ideia em quem já a possui; Auxiliar , no sentido de fornecer meios materiais para que se faça.
Tipo Subjetivo	Dolo.
Tentativa	É admissível.
Consumação	Consuma-se com o uso efetivo da droga.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime material</i> (exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa);



- 7) *Crime plurissubsistente* (é possível a segmentação do *iter criminis*);
- 8) *Crime instantâneo* (a consumação não se alonga no tempo).

2.3.6. §3º - Oferta Eventual e Gratuita para Consumo Conjunto

Legislação. É a disposição da lei:

§3º

- Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem;
- **Pena** - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	As drogas – substâncias elencadas na Portaria 344/MS.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade).
Tipo Objetivo	Oferecer , no sentido de abordar alguém com o intuito de lhe dar substância entorpecentes.
Tipo Subjetivo	Dolo.
Tentativa	Não é possível.
Consumação	Consuma-se com a incidência no tipo objetivo.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubsistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo).

Não se confunde com o tipo do caput. Tal crime não se confunde com o tipo objetivo *oferecer* descrito no *caput* do art. 33. Diferenciam-se, vez que para a



configuração do tipo em análise, é necessário que sejam incididos, cumulativa e obrigatoriamente, os seguintes elementos:

- 1) Oferta eventual – não habitual;
- 2) Oferta gratuita – sem obtenção de lucro de qualquer natureza;
- 3) Oferta a pessoa do seu relacionamento;
- 4) Oferta para consumo conjunto.

2.3.7. Tráfico Privilegiado

Legislação. É a disposição do art. 33, §4º:

§4º

- Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Redução. A pena será reduzida de 1/6 a 2/3.

Requisitos. O privilégio somente ocorrerá diante da constatação cumulativa e obrigatória dos seguintes elementos:

- 1) Ser o agente primário;
- 2) Ter o agente bons antecedentes;
- 3) Não se dedicar o agente às atividades criminosas;
- 4) Não integrar o agente organização criminosa (Lei 12.850/2013).

Explica Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Tal modalidade, conhecida como “tráfico privilegiado”, foi criada pelo legislador para beneficiar pessoas primárias e de bons antecedentes, que sejam condenadas por referidos crimes, quando as provas indicarem que não se trata de traficante **contumaz** (que faz do tráfico um **meio de vida**) e que o réu não integra organização criminosa.

A benesse, portanto, deve ser concedida ao chamado traficante **eventual** (ocasional), que praticou ato de comércio de droga de forma **isolada**.

Conversão em penas restritivas de direitos. Como podemos ver na redação do tipo, constava o trecho *vedada a conversão em penas restritivas de direito*, impedindo que, quando da aplicação da diminuição da pena, ocasionando em pena igual ou inferior a 4 anos¹⁶, ocorresse a conversão da pena privativa de direitos em pena restritiva de liberdade.

¹⁶ **Art. 44 do Código Penal.** As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:



O STF, porém, através HC 97.256/RS julgou inconstitucional tal trecho, visto a ofensa ao Princípio da Individualização da Pena, constante na Constituição Federal¹⁷. É a ementa do acórdão:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS, ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionaria.

3. As penas privativas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constitui-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.

¹⁷ **Art. 5º, LXVI, da Constituição Federal.** Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.



intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, constante do §4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.

Diante de tal disposição, portanto, o crime de tráfico passou a ser regido pelas normas descritas no Código Penal (arts. 33, 44 e 59).

Direito subjetivo do réu. Diante da constatação de todos os elementos anteriormente destacados, a redução da pena se faz *direito subjetivo* do réu. Segundo entendimento do STJ, aplicar-se-á, sempre, a maior redução possível da pena, isto é, de 2/3, devendo o juiz justificar quando da aplicação de redução menor.

Não indicação da quantidade. Nota-se que o tipo em análise não se preocupa em nos indicar se a quantidade de drogas encontrada com o agente é elemento relevante na aplicação do privilégio. Diante de tal omissão, surgiram as seguintes posições:

1) STF e STJ:

É a ementa do HC 134.549/SP – STJ:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. A QUANTIDADE DE DROGAS, POR SI, NÃO AFASTA A APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Reconhecidas tais circunstâncias, a quantidade de drogas, por si só, não tem o condão de impedir a aplicação da minorante, sob pena de se criar condição não prevista em lei.

[...]

3. O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

4. Nessa esteira, em face do preenchimento dos requisitos do §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, imperiosa a aplicação da minorante, que deverá ser aplicada perto do patamar máximo, no montante de 1/2 (metade), com fundamento na quantidade de maconha, que não chega a ser pequena a ponto de justificar a maior redução, para que a reprimenda seja proporcionalmente para aplicar a minorante prevista no artigo 33, §4º da Lei



nº 11.343/06, no percentual de 1/2 (um meio), e fixar a reprimenda do Paciente em 2 anos e 6 meses.

São trechos do HC 118.533/STF:

[...]

Por último, atendo à minorante do §4º do artigo 33 da Lei 11.343, diminuo-a de um sexto. Para alcançar o **quantum** de atenuação, observei especialmente a quantidade de drogas, circunstância essa eleita pelo legislador.

[...]

A conclusão a que se chega, e que tomo a liberdade de apresentar, é pela não concessão da ordem, tendo em vista que a causa de diminuição não nos parece incompatível com a manutenção do caráter hediondo do crime. E sobre isso, não apenas a quantidade da droga apreendida chama a atenção, que é um elemento quantitativo, mas, em meu modo de ver, a razão da impetração do **habeas corpus** está na decisão monocrática do Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Se eu pudesse fixar uma tese a mais, **extra petita**, o que não poderia, menos ainda em **habeas corpus**, eu diria: “Quantidades de droga acima de determinados volumes pressupõe que o réu integra uma organização criminosa” – como, neste caso, aqui, claramente me parecia.

[...]

A quantidade da droga e a circunstância de que a carga era escoltada por batedor indicam que atores envolvidos na operação criminosa estavam associados para a prática desse crime.

[...]

Por óbvio, há casos em que o legislador não pode fugir do regime da hediondez. Casos que denotem habitualidade e intuito de lucro no trato com quantidade significativa de drogas pesadas, claramente, amoldam-se ao regime constitucional.

[...]

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Presidente, tenho que reconhecer, a Relatora também já o fez, que, talvez, este não seja o melhor caso para debate, tendo em vista a expressiva quantidade de droga.

[...]

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – É uma equiparação que fará mal ao sistema e eu gostaria de reiterar o meu apoio ao voto de Vossa Excelência. E esse mesmo memorial das Conectas e do Instituto do Direito de Defesa esclarece que a maioria das pessoas que é presa por tráfico, é presa com quantidades inferiores a 100 gramas. Portanto, nós vamos equiparar isso a crime hediondo, com todas as implicações que tem sobre o Sistema Penitenciário?



Faz-se notório, portanto, que tanto o STF quanto o STJ rumam ao entendimento de que a quantidade de drogas deve, sim, ser considerada quando da aplicação do tráfico privilegiado. À depender da quantidade, aplica-se menor redução ou, em casos extremos, afasta-se o privilégio, presumindo-se participar o réu de organização criminosa ou desenvolver atividade habitual de tráfico de drogas.

2) Guilherme de Souza Nucci:

Como exceção, Nucci entende que não se deve levar em consideração a quantidade de drogas na averiguação dos elementos para a concessão do privilégio no crime de tráfico, visto não ser possível que se adicione ao tipo penal elemento do qual o mesmo não dispõe.

2.4. Maquinismos e Objetos Destinados ao Tráfico

Legislação. É a disposição do art. 34 da Lei de Tóxicos:

Caput

- Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
- **Pena** - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	Maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade).
Tipo Objetivo	Fabricar , no sentido de produzir, por meio industrial; Adquirir , no sentido de obter para si, a título oneroso ou gratuito; Utilizar , no sentido de destinar a fim específico; Transportar , no sentido de conduzir de um local para outro em um meio de transporte; Oferecer , no sentido de abordar alguém com o intuito de lhe dar/ lhe vender o objeto material; Vender , no sentido de alienar, onerar; Distribuir , no sentido de realizar a disponibilização fabril; Entregar , no sentido de disponibilizar para que seja utilizado;



	<i>Possuir</i> , no sentido de ter para si; <i>Guardar</i> , no sentido de manter sob sua vigilância; <i>Fornecer</i> , no sentido de proporcionar.
Tipo Subjetivo	Dolo.
Tentativa	É admitido.
Consumação	Consuma-se com a incidência no tipo objetivo.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (pode ser cometido por uma única pessoa); 7) <i>Crime plurissubistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo) ou <i>permanente</i> (a consumação se prolonga no tempo).

Crime autônomo. Cabe concurso de crimes.

Coexistência e autonomia. Afirma o HC 1.196.334/PR – STJ:

EMENTA: DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE DE MAQUINÁRIO. ASSOCIAÇÃO. ARTS. 33, 34 E 35 DA LEI N. 11.343/2006. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DECOTE DE CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. INCIDÊNCIA DE REDUTORA DO ART. 33, §4º, DA MESMA LEI. PLEITOS INVIÁVEIS NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DAS NORMAS VIOLADAS. RECURSO ESPECIAL. COM MOTIVAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. 2. PEDIDOS QUE DEMANDAM REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DA PROVIDÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. 3. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CONDENAÇÃO SIMULTÂNEA NOS ARTS. 33 E 34 DA LEI N. 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE **BIS IN IDEM**. OCORRÊNCIA. POSSE DE INSTRUMENTOS. CRIME MEIO. 4. BALANÇA DE PRECISÃO E SERRA CIRCULAR. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. OBJETOS PRÓPRIOS DO CRIME DE TRÁFICO. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

[...]

3. Há nítida relação de subsidiariedade entre os tipos penais descritos nos arts. 33 e 34 da Lei 11.343/2006. De fato, o tráfico de maquinário visa proteger a “saúde pública, ameaçada com a possibilidade de a droga ser produzida”, ou seja, tipifica-se conduta que pode ser considerada como mero ato preparatório. Portanto, a prática de art. 33, **caput**, da Lei de Drogas absorve o delito capitulado no art. 34 da mesma lei, desde que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta. No caso, referida análise prescinde do reexame de fatos, pois a leitura da peça acusatória, verifica-se



que a droga e os instrumentos foram apreendidos no mesmo local e num mesmo contexto, servindo a balança de precisão e a serra/alicata de unha à associação que se destinava ao tráfico de drogas, não havendo a autonomia necessária a embasar a condenação em ambos os tipos penais simultaneamente, sob pena de **bis in idem**..

Portanto, somente ocorrerá o concurso entre este dispositivo e o art. 33 quando da existência de ambas as condutas de forma *coexistente* e *autônoma*, ou seja, a existência do maquinário, sendo este mero meio para a fabricação da droga encontrada, não caracteriza o concurso. Contudo, diante da existência das ações descritas em ambos os tipos, coexistente e autonomamente, o concurso será possível.

Arts. 33 e 34 e o princípio da consunção. Segundo o Dicionário Jurídico do site *DireitoNet*, é a definição de *Princípio da Consunção*¹⁸:

Pelo princípio da consunção ou da absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase norma de preparação ou execução de outro crime, ou seja, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Nesse sentido, o crime consumado absorve o crime tentado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano.

Convém esclarecermos que diante da absorção do art. 34 pelo art. 33 não há o que se falar em aplicação do *Princípio da Consunção*. O Princípio da Consunção tem como objeto a ligação das ações atípicas em contextos diferentes, isto é, em situações distintas. Esse fato não pode ser considerado quando da análise da Lei de Tóxicos, uma vez que, como visto anteriormente, a coexistência e autonomia das ações descritas nos arts. 33 e 34 resulta no concurso, e não na absorção deste por aquele. Logo, o Princípio da Consunção não pode ser analisado quando da absorção do art. 34 pelo 33.

Destinação específica ou genérica. São duas as posições acerca da necessidade ou não da existência da destinação específica do maquinário para o fim de praticar o crime de tráfico:

- 1) **Minoria:** é necessário que os objetos materiais sejam, de fato, destinados única e especificamente para a preparação das substâncias entorpecentes;
- 2) **Maioria:** não é necessário que os objetos materiais sejam destinados única e especificamente para a preparação das substâncias entorpecentes, sendo possível, portanto, que sejam utilizados também em atividade diversa.

¹⁸ Definição disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1420/Principio-da-consuncao>>

2.5. Associação para o Tráfico

Legislação. Afirma o art. 35 da Lei de Tóxicos:

Caput

- Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 desta Lei;
- **Pena** - reclusão, de três a dez anos, e pagamento de setecentos a mil e duzentos dias-multa.

Parágrafo único

- Nas mesmas penas do *caput* deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	Não há.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade).
Tipo Objetivo	Associar-se , no sentido de se unir para a prática de crime.
Tipo Subjetivo	Dolo.
Tentativa	Não é possível.
Consumação	Consuma-se com a incidência no tipo objetivo, não se exigindo a prática efetiva do crime de tráfico. Com a prática do tráfico, porém, justifica-se o concurso material de crimes.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime plurissubjetivo</i> (deve ser cometido por duas ou mais pessoas); 7) <i>Crime plurissubsistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo).

Objetivo. Este dispositivo tem como objetivo implicar pena superior àqueles que se reúnem com o fim de praticarem o crime de tráfico de drogas, uma vez que a



organização do grupo facilita a incidência do crime, gerando dano ou perigo maior à Saúde Pública. Por esse motivo, justifica-se o concurso material com os dispositivos que narram os crimes pela associação cometidos.

Associação para o tráfico ≠ Associação criminosa ≠ Organização criminosa.
Acerca da associação criminosa, afirma o art. 288 do Código Penal:

Art. 288 do Código Penal. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

Quanto ao crime de organização criminosa, afirma o art. 1º, §1º, da Lei 12.850/2013:

Art. 1º, §1º, da Lei das Organizações Criminosas. Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A diferenciação, portanto, se encontra nos elementos constitutivos do crime. Na associação para o tráfico, é imprescindível que a associação tenha como objetivo a prática do crime de tráfico. Tratando-se de crime diverso, analisar-se-á a incidência nos demais tipos.

Em relação à associação para o tráfico, são os requisitos:

- 1) Duas ou mais pessoas;
- 2) União estável ou duradoura (reiterada ou eventual, em se tratando dos crimes dispostos no art. 33 e 34; reiterada, necessariamente, em se tratando do crime disposto no art. 36);
- 3) Cometimento do crime do art. 33, *caput* e §1º, e art. 34 ou art. 36 da Lei de Tóxicos.

Crime autônomo. Trata-se de crime autônomo, visto não ser necessário a incidência de crime diversos para que este seja caracterizado.

Concurso de crimes. É possível que haja o concurso de crimes entre os tipos destacados nos arts. 33, 34 e 35 ou em relação aos arts. 35 e 36.

Elemento subjetivo específico. É necessário que a união seja estável e duradoura para a prática do tráfico, ainda que de forma reiterada ou não. Estável refere-se à manutenção dos integrantes que, à princípio, uniram-se com o objetivo de praticar o crime de tráfico, ainda que haja mudanças em relação a este grupo. Nesse caso, somente incidirá sobre aqueles que mantêm uma relação duradoura nesse sentido o crime destacado no dispositivo em análise.



Nesse sentido é a afirmação de Victor Eduardo Rios Gonçalves:

É preciso salientar, todavia, que o tipo penal pressupõe uma “associação” para o tráfico, de modo que a doutrina diz que, embora o art. 35 não exija a finalidade de reiteração criminosa, faz-se necessário um prévio ajuste entre as partes, um verdadeiro pacto associativo, de modo que a reunião meramente ocasional não caracteriza o delito. Na prática, para fazer valer tal distinção, leva-se em conta o grau de organização, a gravidade da conduta e, evidentemente, a intenção de reiteração criminosa.

2.6. Financiamento ao Tráfico

Legislação. É o que dispõe o art. 36 da Lei de Tóxicos:

Caput

- Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 desta Lei;
- **Pena** - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	Não há.
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa.
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade).
Tipo Objetivo	Financiar , no sentido de sustentar os gastos, prover com capital; Custear , no sentido de prever despesas.
Tipo Subjetivo	Dolo.
Tentativa	Não é possível.
Consumação	No momento do financiamento, não sendo necessário que haja, de fato, a consumação do crime de tráfico.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa); 2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (é cometido por uma única pessoa) ou <i>plurissubjetivo</i> (é cometido por mais de uma pessoa); 7) <i>Crime plurissubsistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>);



8) *Crime instantâneo* (a consumação não se alonga no tempo).

Crime autônomo. Tal dispositivo tem como objetivo punir mais severamente aquele que financia, patrocina, custeia habitualmente (de forma contumaz) a produção e circulação de drogas, sendo, portanto, crime autônomo, ou seja, não exige a incidência em outros crimes para que seja configurado.

Não contato com as substâncias. Aquele que financia não pode ter qualquer contato com a substância entorpecente, mas somente custear a sua produção/circulação. Tendo contato com a droga, estará caracterizado o crime de tráfico, disposto no art. 33 da Lei de Tóxicos.

2.7. Prescrição Criminosa

Legislação. Afirma o art. 38 da Lei de Drogas:

Caput

- Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
- **Pena** - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único

- O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

Elementos do tipo. São os elementos:

Objeto Jurídico	A Saúde Pública.
Objeto Material	Não há.
Sujeito Ativo	Profissional médico, dentista, farmacêutico ou enfermeiro (profissionais da saúde em geral).
Sujeito Passivo	A sociedade (coletividade).
Tipo Objetivo	Prescrever , no sentido de receitar; Ministrar , no sentido de aplicar, inocular, introduzir.
Tipo Subjetivo	Dolo.
Tentativa	Somente é possível se a receita for prescrita por meio escrito, extraviando-se.
Consumação	Em relação ao tipo <i>prescrever</i> , consumir-se-á quando da entrega da receita, não sendo necessário que o paciente, de fato, adquira a droga. Em relação ao tipo <i>ministrar</i> , porém, consumir-se-á quando da aplicação da droga.
Classificação	1) <i>Crime comum</i> (cometido por qualquer pessoa);



	2) <i>Crime formal</i> (não exige o resultado naturalístico - prescrever) – ou <i>material</i> (exige o resultado naturalístico – ministrar); 3) <i>Crime comissivo</i> (cometido por ação positiva); 4) <i>Crime de forma livre</i> (pode ser cometido por meios diversos); 5) <i>Crime de perigo comum abstrato</i> (coloca número indeterminado de pessoas em perigo, sendo a gravidade estipulada a partir da força do veneno em questão); 6) <i>Crime unissubjetivo</i> (é cometido por uma única pessoa) ou <i>plurissubjetivo</i> (é cometido por mais de uma pessoa); 7) <i>Crime plurissubsistente</i> (é possível a segmentação do <i>iter criminis</i>); 8) <i>Crime instantâneo</i> (a consumação não se alonga no tempo).
--	--

Requisitos. Segundo Victor Eduardo Rios Gonçalves, tal crime estará configurado diante dos seguintes elementos:

- 1) O paciente não necessitar da droga prescrita ou ministrada;
- 2) A dose prescrita ou ministrada exceder ao razoável;
- 3) A substância prescrita ou ministrada estiver em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Não se confunde com o art. 33. São os elementos que diferenciam este tipo do tipo descrito no art. 33:

- 1) Deve ser praticado de maneira culposa;
- 2) Deve ser cometido por profissional da saúde.

2.8.Causas de Aumento de Pena

Legislação. É a disposição do art. 40 da Lei de Tóxicos:

Caput

- As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:
- I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;
- II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;
- III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizarem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;
- IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;
- V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre eles e o Distrito Federal;
- VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;
- VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Aumento de pena. O aumento será de 1/6 a 2/3, quando da prática dos crimes previstos nos arts. 33 a 37, caracterizados os incisos acima destacados.

Dosimetria. Relembrando:

- 1) Pena base estabelecida de acordo com o preceito secundário previsto no tipo penal, sendo fixada de acordo com a análise dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos;
- 2) Adição das atenuantes e agravantes;
- 3) Adição das causas de aumento e diminuição de pena (arts. 33, §4º, e 40 da Lei de Tóxicos).

Hipóteses. São elas:

1) Transnacionalidade:

Ocorrerá quando a natureza, a procedência, e as circunstâncias indicarem que o delito foi cometido em âmbito transnacional, isto é, ultrapassando a barreira física entre, no mínimo, dois países. Nesse caso, tratar-se-á de competência da Justiça Federal.



- 2) **Crime com prevalecimento de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;**
- 3) **Infração realizada em locais que contenham grande contingente de pessoas:**
 - a. Estabelecimentos prisionais:
 - i. Abrange os indivíduos que entram no estabelecimento com o entorpecente e tem como objetivo compartilhar a droga com quem lá esteja;
 - ii. Abrange também os indivíduos presos que recebem entorpecentes, compartilhando-os com os demais presos.
 - b. Estabelecimento de ensino;
 - c. Estabelecimento hospitalar;
 - d. Entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes;
 - e. Locais de trabalho coletivo, de recinto onde se realizam espetáculos ou diversões de qualquer natureza;
 - f. Estabelecimento de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social;
 - g. Unidades militares ou policiais ou em transportes públicos.

Este rol é taxativo, não sendo possível qualquer interpretação extensiva, portanto.

- 4) **Ter sido o crime praticado com grave ameaça, violência, emprego de arma de fogo ou qualquer processo de intimidação;**
- 5) **Transestadualidade:**

Quando o crime transpassar o limite entre dois ou mais Estados da Federação.
- 6) **Visar atingir criança ou adolescente ou a quem tinha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento ou determinação;**
- 7) **O agente financiar ou custear a prática do crime:**

Não se confunde tal dispositivo com o descrito no art. 36 da Lei de Tóxicos, visto que esta causa de aumento somente será caracterizada uma vez que o custeio não seja realizado de forma habitual, bem como quando aquele que financia tiver contato com a substância entorpecente.